

Hensynet til barnets beste ved rettslige avgjørelser om hvor barnet skal bo fast.

Kandidatnummer: 563

Leveringsfrist: 27.04.09

(* regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17854 ord

23.04.2009

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Begrepsavklaringer	3
1.3.1	Barn	3
1.3.2	Fast bosted	3
1.3.3	Barnets beste	4
1.4	Disposisjon	4
<u>2</u>	<u>RETTSKILDER</u>	<u>5</u>
2.1	Internasjonale konvensjoner	5
2.2	Den norske lovgivningen	5
2.3	Forarbeider	7
2.4	Rettspraksis	7
2.5	Juridisk teori	7
<u>3</u>	<u>HENSYNET TIL BARNETS BESTE</u>	<u>8</u>
3.1	Innledning	8
3.2	Barnets eget ønske	10
3.2.1	Lovendring	10
3.2.2	Vektlegging av barnets ønske	12
3.2.3	En ubetinget rett til uttalelse?	13

3.2.4	Rettspraksis	13
3.3	Risikoen ved miljøskifte	18
3.3.1	Innholdet i begrepet	18
3.3.2	Vektlegging av miljøskifteargumentet	19
3.3.3	Rettspraksis	20
3.4	Best samlet foreldrekontakt	23
3.4.1	Innledning	23
3.4.2	Vektlegging av hensynet	24
3.4.3	Rettspraksis	25
3.5	Barnets følelsesmessige tilknytning	28
3.5.1	Innledning	28
3.5.2	Vektlegging av argumentet	28
3.5.3	Rettspraksis	29
3.6	Holde søskenflokken samlet	31
3.6.1	Innledning	31
3.6.2	Vektlegging av argumentet	32
3.6.3	Rettspraksis	32
3.7	Barnets kjønn	34
3.7.1	Innholdet i argumentet	34
3.7.2	Vektlegging av argumentet	35
3.7.3	Rettspraksis	35
3.8	Foreldrenes personlige egenskaper	35
3.8.1	Argumentets vekt	36
3.8.2	Rettspraksis	37
3.9	Stabile forhold i hjemmet	40
3.9.1	Vektlegging av argumentet	40
3.9.2	Rettspraksis	40
3.10	Fare for vold og overgrep	41
3.10.1	Rettspraksis	43

3.11	Irrelevante argumenter	44
3.12	Andre hensyn enn barnets beste	46
<u>4</u>	<u>SAMMENLIGNING MED FUNN I TIDLIGERE UNDERSØKELSER</u>	<u>47</u>
4.1	Tidligere undersøkelser	47
4.1.1	Lucy Smiths undersøkelse	47
4.1.2	Kirsten Sandbergs undersøkelse	50
4.1.3	Kristin Skjørtens undersøkelse	51
4.2	Vurdering av dommene fra 2000-tallet	53
<u>5</u>	<u>VEIEN VIDERE</u>	<u>56</u>
5.1	NOU 2008:9 ”Med barnet i fokus”	56
<u>6</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>58</u>
<u>7</u>	<u>REGISTRE</u>	<u>59</u>
7.1	Litteraturliste	59
7.2	Lov- og forarbeidsregister	59
7.2.1	Lovgivning	59
7.2.2	Forarbeider	59
7.3	Domsregister	60

1 Innledning

1.1 Tema for oppgaven

Oppgaven handler om hensynet til barnets beste, som i følge Lov om barn og foreldre av 1981 (heretter bl.) § 48 skal vektlegges ved avgjørelser om hvor barn skal bo fast.

Målet med oppgaven er å lage en oversiktlig gjennomgang av hvilke momenter som inngår i rettens vurdering av hvor det er best for et barn å bo fast.

Foreldre som ikke bor sammen, kan etter bl. § 36 fritt avtale hvem av dem barnet skal bo fast hos. Hvis de ikke blir enige, kan begge reise sak for retten for å få avgjort spørsmålet, jfr. bl. § 56 (1). Av bestemmelsens andre ledd går det imidlertid frem at et vilkår for å reise sak er at foreldrene kan legge frem meklingsattest. Dersom meklingen ikke fører frem, og sak reises, skal retten avgjøre at barnet skal bo fast hos en av foreldrene, jfr. bl. § 36 (2). Retten kan ikke idømme delt bosted.

Etter bl. § 48 (1) skal avgjørelser om hvor barnet skal bo fast ”først og fremst rette seg etter det som er best for barnet”. Loven gir ingen utdyping av hva som ligger i begrepet ”barnets beste”, men en del momenter er kommet frem gjennom rettspraksis.

Jeg har gjennomgått alle lagmannsrettsdommer med dato fra 1.1.2007 til 31.12.2008 som avgjør hvor barnet skal bo fast, i alt 37, samt høyesterettsdommer fra 2000-tallet med samme problemstilling, for å se hvilke momenter domstolene vektlegger ved avgjørelsen. Det er tidligere foretatt tre lignende undersøkelser. Lucy Smith gjorde en undersøkelse av rettspraksis på 1970-tallet, Kirsten Sandberg på 1980-tallet, mens den siste studien ble foretatt av Kristin Skjørten på slutten av 1990-tallet. Jeg vil foreta en kort sammenligning av mine funn med funnene i disse undersøkelsene under oppgavens punkt 4, for å se om rettstilstanden på dette feltet er endret i løpet av de siste 35 årene.

1.2 Avgrensning

Oppgaven avgrenses mot avgjørelser om foreldreansvar og samværsrett, som også ofte er del av barnefordelingssaker. Også ved disse avgjørelsene skal det tas hensyn til barnets beste, men momentene som skal vektlegges kan være forskjellige ettersom det dreier seg om ulike vurderingstemaer.¹

Foreldreansvar innebærer en rett og en plikt til å vise omsorg og til å ta avgjørelser for barnet i personlige forhold, jfr. bl. § 30(1). Etter bl. §§ 34-35 har gifte og samboende foreldre automatisk felles foreldreansvar, for andre kan felles foreldreansvar avtales. Dette innebærer at foreldrene vanligvis har felles foreldreansvar selv om barnet bor fast hos en av dem. Den som barnet ikke bor fast sammen med, har da også rett og plikt til å gi barnet omsorg og ta avgjørelser for det i viktige personlige forhold. Avgjørelser som tas i kraft av foreldreansvaret, er flytting til utlandet, medisinsk behandling, utstedelse av pass, innmelding i trossamfunn, navnevalg og samtykke til ekteskap, adopsjon og medisinske inngrep.² Barnelova § 37 setter imidlertid begrensninger for bestemmelsesretten ved at forelder med foreldreansvar som barnet ikke bor fast sammen med, ”ikkje [kan] setje seg mot at den barnet bur saman med, tek avgjerder som gjeld vesentlege sider av omsuta for barnet”. Dette gjelder for eksempel avgjørelser om flytting innenlands og om barnet skal gå i barnehage.

I følge bl. §§ 42(2) og 43(1) innebærer samværsrett både en rett for barnet til samvær med begge foreldrene, og en rett for den av foreldrene som barnet ikke bor sammen med til samvær med barnet. I følge Kirsten Sandberg kan samværsretten ”sees som motstykket til daglig omsorg [nå fast bosted], idet den av foreldrene som ikke får omsorgen, normalt blir tilkjent samværsrett”³. Omfanget av samværet kan avtales å være opp til 50 % av tiden, men selv da kan samværsforelder ikke motsette seg bestemmelsesretten til den barnet bor fast sammen med etter bl. § 37.

¹ Backer (2008) s 470

² Kjølberg (2006) s 26

³ Sandberg (1990) s 10

Videre er det ved gjennomgangen av rettspraksis avgrenset mot avgjørelser om fast bosted der omsorg skal tilbakeføres fra barnevernet. Dette fordi det i disse sakene er omstendigheter som skiller dem fra resten av sakene ved at den daglige omsorgen på et tidspunkt er fratatt foreldrene. I de fleste andre barnefordelingsakene er begge foreldrene egnet til å ha den daglige omsorg for barnet, slik at vurderingen som regel blir annerledes. Det er også avgrenset mot midlertidige avgjørelser etter bl. § 60, ettersom disse bare skal gjelde for en viss tid, eller frem til saken er endelig avgjort.

1.3 Begrepsavklaringer

1.3.1 Barn

Juridisk sett defineres et barn som en person under myndighetsalderen.⁴ I Norge er myndighetsalderen 18 år, jf. Vergemålsloven § 1. Det fastslås også i FNs barnekonvensjon art. 1 at det med barn menes ”ethvert menneske under 18 år, med mindre den nasjonale lovgivningen setter en lavere grense”.

1.3.2 Fast bosted

Kjølborg og Redse Johansen definerer i sin bok fast bosted som ”der hvor barnet bor mest (flest netter), og hvor det har sitt folkeregistrerte bosted”.⁵ Tidligere brukte loven begrepet ”daglig omsorg”. Ved lovendring i 1997 ble dette endret til ”fast bosted”.⁶ Dette ble gjort fordi lovgiver ville understreke at også samværsforeldre utøver omsorg.⁷ Det innebar imidlertid ingen realitetsforskjell i begrepets betydning. Det uttales i forarbeidene at ”For publikum, og særlig partene i en barnefordelingssak, betyr ordet omsorg noe langt mer enn bare hvor barnet skal bo fast.[...] Også for samværsforeldre er det viktig at de fremdeles har omsorg og kan vise omsorg for barnet, selv om de ikke lenger bor fast sammen med

⁴ Smith (2006) s 23.

⁵ Kjølborg (2006) s 60.

⁶ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s 53

⁷ Kjølborg (2006)s 60

det”.⁸ Den gamle terminologien henger imidlertid fremdeles litt igjen, og i flere av dommene som er undersøkt bruker retten uttrykket daglig omsorg om hvor barnet skal bo fast.

1.3.3 Barnets beste

Barnets beste er den overordnede rettslige norm i Barnelova. I følge § 48 skal avgjørelser om foreldreansvar, hvor barnet skal bo fast og samvær rette seg etter hva som er best for barnet. Loven gir ingen nærmere definisjon av hva som ligger i begrepet, så innholdet er fastlagt gjennom rettspraksis. I og med at begrepet er en rettslig standard, kan innholdet variere med tid og sted.⁹ Oppgavens punkt 3 gjennomgår de momentene som til nå har vært vektlagt i praksis.

1.4 Disposisjon

Videre følger en gjennomgang av rettskildene på området under kapittel 2. Kapittel 3 fremstiller innholdet i barnets beste-vurderingen. Momentene som har blitt vektlagt i tidligere rettspraksis gjennomgås, og det gis en oversikt og vurdering av de dommene jeg har sett på. I kapittel 4 er det en kort gjennomgang av de tidligere undersøkelsene på feltet, og så en sammenligning med mine funn. Kapittel 5 kommenterer kort forslaget til endringer i barneloven som fremstilt i NOU 2008:9, og til slutt kommer avsluttende kommentarer i kapittel 6.

⁸ Ot.prp.nr.56 (1996-1997) s 53

⁹ Jusleksikon (2002)s245

2 Rettskilder

2.1 Internasjonale konvensjoner

FNs konvensjon om barns rettigheter er gjort til del av norsk rett gjennom Menneskerettsloven. Lovens § 3 bestemmer at ”Bestemmelsene i konvensjoner og protokoller som er nevnt i § 2 skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning”.

Barnekonvensjonen artikkel 3 nr. 1 lyder: ”Ved alle handlinger som berører barn, enten de foretas av offentlige eller private velferdsorganisasjoner, domstoler, administrative myndigheter eller lovgivende organer, skal barnets beste være et grunnleggende hensyn.” Hensynet til barnets beste vil dermed få et videre anvendelsesområde enn etter barneloven. På grunn av bestemmelsene i menneskerettsloven skal prinsippet gjelde over alt i norsk rett, og ved motstrid med norske bestemmelser skal hensynet til barnets beste gå foran.

Barnekonvensjonens artikkel 3 nr.1 er imidlertid ganske generelt utformet. Barnets beste skal være et ”grunnleggende hensyn”, det betyr ikke at det skal være det avgjørende hensyn. Dette innebærer i følge Backer at bestemmelsen sjelden fører til at andre lovregler blir satt til side, de blir heller tolket i samsvar med den. Dessuten åpner bestemmelsen for at andre hensyn kan veie tyngre i den konkrete sak.¹⁰

2.2 Den norske lovgivningen

Reglene om barnefordeling reguleres av Lov om barn og foreldre av 8. april 1981 nr. 7, Barnelova, (heretter bl.).

Loven kom i 1981, og samlet to tidligere lover om barn født i og utenfor ekteskap for å unngå forskjellsbehandling av barn.¹¹

¹⁰ Backer (2008) s 468

¹¹ NOU 1977:35 s10

Bl. § 36 inneholder regler om hvor barnet skal bo fast. Bestemmelsen ble flyttet fra tidligere § 35a(2) i 2004.

I følge første ledd kan foreldrene fritt avtale hvem av dem barnet skal bo hos, eventuelt at det skal bo fast hos begge. Dersom de ikke blir enige, skal retten avgjøre at barnet skal bo fast hos en av dem, det er ikke adgang til å idømme delt fast bosted, jf. § 36(2). Den eneste veiledning loven gir for avgjørelsen, er at den skal rette seg etter det som er til barnets beste, jf. bl. 48.

Bl. § 48(1) bestemmer at avgjørelser om hvor barnet skal bo fast skal ”først og fremst rette seg etter det som er best for barnet”.

§ 48 ble tilføyd barneloven ved en endringslov av 20. juni 2003 nr 40. Tidligere var prinsippet om barnets beste spredt i de forskjellige bestemmelsene om barnefordeling, men lovgiver ønsket å gi en generell bestemmelse for på den måten ”fokuseres barnets beste som overordnet norm, samtidig som loven blir mer oversiktlig”.¹² Det ble i forarbeidene presisert at det gjaldt et område av rettslivet hvor det er viktig at lovbestemmelsene er tilgjengelige også for ikke-jurister.¹³ Bestemmelsen ble plassert under kapittelet om saksbehandling, men gjelder uansett om det er domstolene eller foreldrene selv som treffer avgjørelsen.¹⁴ Dessuten gjelder prinsippet både for den materielle avgjørelsen og for saksbehandlingen.¹⁵

Barnelova inneholder ingen nærmere definisjon av hva som er det beste for barnet. Dette er fra lovgivers side et bevisst valg, og begrunnes i forarbeidene med at ”hvert enkelt tilfelle må avgjøres konkret og etter en helhetsvurdering. Generelle regler på dette punkt kunne ved ukritisk anvendelse lett føre til avgjørelser i strid med det enkelte barns beste”¹⁶.

¹² NOU 1998:17 s 93

¹³ NOU 1998:17 s 40

¹⁴ Backer (2008) s 466.

¹⁵ Barnelova § 48 (1).

¹⁶ NOU 1977:35 s.63

2.3 Forarbeider

Barneloven har blitt endret gjennom 38 endringslover siden vedtakelsen i 1981.¹⁷ Den har derfor en rekke forarbeider som er viktige for å forstå loven slik den er i dag. Senere i oppgaven vil det bli henvist til flere av forarbeidene.

NOU 1977: 35 er forarbeid til den første utgaven av Barnelova. På side 63 oppstilles noen momenter hentet fra rettspraksis som kan være relevante ved avgjørelsen av hva som er til det beste for barnet. Dette er eneste sted lovgiver uttaler noe om hvilke momenter som kan være aktuelle, slik at det har stor betydning for barnets beste-vurderingen.

2.4 Rettspraksis

Forarbeidene til Barnelova gjør det klart at ved barnefordelingssaker må ”hvert enkelt tilfelle avgjøres konkret og etter en helhetsvurdering”. Videre uttales det: ”Rettspraksis synes å være i samsvar med dette. Det betyr at det egentlig ikke finnes prejudikater på dette område. Det man derimot kan trekke ut av domspraksis, er en oversikt over hva slags argumenter som kan være relevante i barnefordelingssaker”.¹⁸

Selv om hver enkelt sak skal avgjøres konkret, spiller rettspraksis gjennom denne oversikten en rolle ved barnets beste-vurderingen, ettersom lovteksten inneholder så få holdepunkter for avgjørelsen. Rettspraksis knyttet til barnets beste ved spørsmål om foreldreansvar og samvær kan ikke tillegges særlig betydning ved avgjørelser om hvor barnet skal bo fast, ettersom det dreier seg om ulike vurderingstemaer.¹⁹

2.5 Juridisk teori

Det har de siste årene kommet en god del ny litteratur på barnefordelingsfeltet.

Juridisk teori spiller en rolle ved at den fremstiller en oversikt over hvilke momenter som rettspraksis har lagt vekt på ved avgjørelsen av hvor barnet skal bo fast. Ettersom loven inneholder så få holdepunkter for vurderingen, gjør litteraturen det lettere å sette seg inn i momentene som legges til grunn for barnets beste-vurderingen.

¹⁷ Backer (2008)s 2

¹⁸ NOU 1977: 35 s 63

¹⁹ Backer (2008)s 470

3 Hensynet til barnets beste

3.1 Innledning

Barnelova § 48 (1) bestemmer at ”Avgjerder om foreldreansvar, om kvar barnet skal bu fast og om samvær, og handsaminga av slike saker, skal først og fremst rette seg etter det som er best for barnet”. Prinsippet ble lagt til grunn allerede i skilsmisseloven av 20.08.1909 § 15,²⁰ og har siden vært ”det avgjørende lovkriteriet i barnefordelingssaker”.²¹

Skilsmisseloven av 1909 inneholdt i § 15 en bestemmelse om en morspresumsjon; dersom barnet var lite, burde moren ha foreldremakta, med mindre hun ble ansett uskikket til å oppdra barnet.²² Justiskomiteen mente da at som alminnelig prinsipp er barn, særlig når de er små, ”ved naturlige baand sterkest knyttet til moderen”,²³ slik at hensynet til barnets beste tilsa at moren hadde en fortrinnsrett ved barnefordelingen. I 1969 ble kriteriet om mors uskikkethet byttet ut med at barnet ville få det bedre hos far.²⁴ Morspresumsjonen ble fjernet fra loven under utarbeidelsen av barneloven av 1981. Barnelovutvalget mente regelen ”bryter både med prinsippet om at barnets beste skal være avgjørende, og med prinsippet om at foreldrene skal stilles likt i forhold til barnet”.²⁵ Justiskomiteen uttalte i forarbeidene til barneloven at morens fortrinnsrett til mindre barn kunne ha medført at domstolene hadde ”unnlatt å foreta en reell vurdering av de forhold som skal tillegges vekt for å finne fram til barnets beste”.²⁶ Ved å fjerne morspresumsjonen sikret man en reell prøving i alle saker.

²⁰ Smith (2006) s 138 og Sandberg (1990) s 19

²¹ NOU 1998:17 s 16.

²² Sandberg (1990)s 19

²³ Sandberg (1990)s 19

²⁴ Lov av 07.02.1969 § 8(2).

²⁵ NOU 1977:35 s 63

²⁶ Innst. O. nr. 30 (1980-1981) s 14

Samfunnsutviklingen på 1970-tallet tilsa likestilling mellom mor og far ved barnefordeling, og det ble fremhevet at hva som er best for barnet må avgjøres konkret i den enkelte sak, man kan ikke presumere at barnet vil få det best hos mor.²⁷

Siden 1981 har altså prinsippet om barnets beste vært enerådende som hovedkriterium i saker om hvor barnet skal bo fast.²⁸

Det som skal avgjøres, er hvor man antar at det vil være best for barnet å bo. Avgjørelsen gjelder fremtiden, og det vil være mange usikkerhetsmomenter. Man må derfor foreta en grundig vurdering av alle momentene i saken, og deretter komme til den løsning man tror vil være best, basert på de opplysninger som foreligger på avgjørelsestidspunktet. Backer kommenterer dette slik: ”Hva som er ”best for barnet”, må vurderes i forhold til *det enkelte barn* som det er tale om, og dette barnets bakgrunn og forutsetninger. Hva som til vanlig anses best for barn i den aktuelle situasjonen, er altså ikke avgjørende, men et utgangspunkt for vurderingen i forhold til det aktuelle barnet.”²⁹

I og med at hver sak skal avgjøres konkret, spiller dommernes skjønn en viktig rolle i disse avgjørelsene. Dette fører til at utfallet av saken kan avhenge av hvilken/hvilke dommere som skal ta avgjørelsen. Dommere skal være nøytrale, men det kan være vanskelig å unngå å bli påvirket av personlige meninger, særlig i barnefordelingssaker.

Loven gir som tidligere nevnt ingen veiledende momenter som retten skal ta i betraktning ved avgjørelsen av hva som er det beste for barnet. Forarbeidene oppstiller imidlertid en rekke argumenter hentet fra høyesterettspraksis som ”kan være relevante i barnefordelingssaker”.³⁰ Argumentene som nevnes er farene ved miljøskifte, at søskenflokker ikke bør splittes, foreldrenes omsorgsmuligheter, barnets følelsesmessige tilknytning, barnets eget ønske og å sikre kontakt med begge foreldre og søsken. Videre uttales det at barnets kjønn og alder har vært trukket frem i rettspraksis, men at avgjørelser

²⁷ NOU 1977:35 s 63

²⁸ Backer (2008) s 468

²⁹ Backer (2008) s 469

³⁰ NOU 1977:35 s 63

på dette grunnlag ser ut til å bli sjeldnere. I følge forarbeidene spiller hensynet til foreldrene selv en beskjeden rolle, og skyld i ekteskapets oppløsning, foreldrenes forhold til hverandre og konsekvenser for det økonomiske oppgjøret har ikke blitt tatt med i Høyesteretts betraktninger.³¹

Videre skal jeg se nærmere på hva som ligger i de forskjellige momentene fra rettspraksis, og i hvilken grad de er blitt vektlagt i avgjørelser fra de senere år. Jeg skal også gjennomgå noen momenter som ikke er listet opp i forarbeidene, men som er utarbeidet gjennom senere rettspraksis. Listen over argumenter er ikke uttømmende, andre momenter kan komme inn i vurderingen av den konkrete sak.

3.2 Barnets eget ønske

At barnets eget ønske skal tas med i vurderingen av hvor barnet skal bo fast, er det eneste av momentene i barnets beste-vurderingen som er lovfestet. Bl. § 31 (2) lyder ”Når barnet er fylt 7 år, skal det få seie si meining før det vert teke avgjerd om personlege tilhøve for barnet, mellom anna i sak om kven av foreldra det skal bu hos. Når barnet er fylt 12 år skal det leggjast stor vekt på kva barnet meiner”.

3.2.1 Lovendring

Bestemmelsen ble endret ved lov av 20. juni 2003 nr. 40 som trådte i kraft 1. april 2004. Tidligere var aldersgrensen for når barnet hadde rett til å si sin mening 12 år, mens den ved lovendringen ble senket til 7 år. Også før lovendringen fikk mange barn anledning til å uttale seg om hvor de ville bo fast, i medhold av § 31 (1) som bestemmer at det skal legges vekt på hva barnet mener ”alt etter kor gammalt og modent barnet er”.³² Lovgiver ønsket imidlertid at alle barn skulle få samme rett til å si sin mening, og det uttales i forarbeidene

³¹ NOU 1977:35 s 64

³² Skjørten (2005) s 60

at ”En aldersgrense vil også kunne forhindre usikkerhet om forståelsen av bestemmelsen og derav følgende ulik praktisering av denne”.³³

Endringen ble også gjort for å gjøre loven mer i tråd med ordlyden i FNs Barnekonvensjon artikkel 12.³⁴ Etter konvensjonens art. 12 nr. 1 skal ”partene garantere et barn som er i stand til å danne seg egne synspunkter, retten til fritt å gi uttrykk for disse synspunkter i alle forhold som vedrører barnet, og tillegge barnets synspunkter behørig vekt i samsvar med dets alder og modenhet”. Bestemmelsen knytter ikke retten til noen bestemt alder, og den gjennomføres i barneloven gjennom § 31(1). Justisdepartementet mente allikevel at en senkning av aldersgrensen i bl. § 31(2) ville kunne synliggjøre og konkretisere prinsippet i barneloven, ”og på den måten bidra til en god gjennomføring av bestemmelsen i praksis, herunder gi den større gjennomslagskraft”.³⁵

Lovendringen har ført til at flere barn får uttale seg i praksis, men det betyr ikke uten videre at vektleggingen av barnets ønske blir annerledes enn før.³⁶

Det kan også være aktuelt å gi barn under 7 år medbestemmelsesrett i medhold av bl. § 31(1).³⁷ Dette vil være avhengig av at barnet er i stand til å danne seg en egen mening om det saken dreier seg om, og dets mening må i så fall vektlegges etter barnets alder og modenhet. I følge Smith og Lødrup er det imidlertid bare i ”rene unntakstilfelle at så små barn ”vil være i stand til å danne egne synspunkt” som er selvstendige og tilstrekkelig langsiktige”.³⁸

³³ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s 61

³⁴ Ot.prp. nr 29 (2002-2003) s 60

³⁵ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003) s 60

³⁶ Holgersen (2008) s 218

³⁷ Smith (2006)s 149

³⁸ Smith (2006)s 149

3.2.2 Vektlegging av barnets ønske

Bl.§ 31 gir barnet en medbestemmelsesrett, det vil si en rett til å være med på avgjørelser, men ikke en rett til å ta avgjørelsene. Domstolene skal høre barnets mening, men har ingen plikt til å avgjøre saken i samsvar med denne.

Rettspraksis viser at det varierer hvor stor vekt det legges på barnets ønsker. I følge bl. § 31 skal det legges stor vekt på hva barn over 12 år mener, barn i alderen 7 til 11 år skal få si sin mening, og det skal legges vekt på det barnet mener alt etter hvor gammelt og modent det er. Hvor stor vekt barnets mening skal tillegges i en konkret sak, må i følge Holgersen ”vurderes og avveies mot alle de øvrige relevante kriterier i saken”.³⁹ Det er ikke alltid barnet selv evner å vurdere hva som vil være til dets beste på lengre sikt, og det kan være uklart hva barnet egentlig ønsker. I tillegg til barnets alder og modenhet må man i følge forarbeidene vurdere om barnet forstår rekkevidden av spørsmålet det gjelder, hvor fast det er i sin oppfatning, og hva som er bakgrunnen for barnets syn.⁴⁰ I tilfeller der retten tror barnets mening er påvirket av foreldrene vil den ikke ta hensyn til den. Et eksempel på dette finnes i Rt. 1989 s 176. Her gikk Høyesterett klart imot barna på 9 og 11 års uttalte ønske fordi det ble lagt til grunn at de var sterkt påvirket av faren som hadde gitt dem et forvrengt bilde av moren som et ledd i konflikten dem imellom.

Barnet skal ikke bli presset til å ta et standpunkt, det har en rett, men ikke en plikt, til å uttale seg om hvor det vil bo.⁴¹ Forarbeidene uttaler at i komplekse saker med høyt konfliktnivå kan barnets rett til å uttale seg føles som et press om å foreta et valg mellom foreldrene. Barn må skjermes fra å komme i en slik lojalitetskonflikt, og det er ”nødvendig å forhindre at barn blir presset til å måtte velge mellom mor og far eller til å foreta valg de er for små til å se konsekvensen av”.⁴²

³⁹Holgersen (2008)s 217

⁴⁰ NOU 1977:35 s 124

⁴¹ Holgersen (2008)s 218

⁴² Innst. O. nr. 96 (2002-2003)s 22

3.2.3 En ubetinget rett til uttalelse?

I forarbeidene til § 31 omtales uttaleretten som en ubetinget rettighet for barn over 7 år.⁴³ Dersom barnet ikke gis anledning til å uttale seg, er det en saksbehandlingsfeil som kan føre til at avgjørelsen oppheves.⁴⁴ Høyesterett avgjorde imidlertid i Rt. 2004 s 811 at uttaleretten kan settes til side dersom hensynet til barnets beste taler for det. Avgjørelsen gjaldt en endringssak uten endrede forhold, og retten mente det var best for barnet, som fylte 12 år det året dommen ble avsagt, å slippe å måtte uttale seg igjen svært kort tid etter at den første dommen var avsagt. Barnet var blitt trukket sterkt inn i konflikten mellom foreldrene. Retten uttalte at ”Saka må [...] i alle tilfelle vurderast i lys av det grunnleggjande prinsippet om barnets beste, slik det er slått fast både i barnelova og i barnekonvensjonen”.⁴⁵

Smith og Lødrup kritiserer i ”Barn og foreldre” på side 117 rettens begrunnelse ved at den ”åpner for at barnets uttalerett i alle tilfelle må vurderes opp mot barnets beste”, selv om de er enige i domsresultatet. De mener dette strider både mot barneloven og barnekonvensjonen, og at dommen kan bidra til å svekke barnets uttalerett.⁴⁶ Kjølborg og Redse Johansen er på side 201 i ”Barnefordelingstvister” ikke enige i kritikken. De mener retten tar barnet på alvor når den ved henvisningen til barnets beste som begrunnelse, foretar en reell vurdering av det temaet som er sentralt etter barneloven.

3.2.4 Rettspraksis

Barnets ønske ble tillagt vekt i 7 av dommene i undersøkelsen, i 3 av disse var momentet avgjørende for saken. Momentet er nevnt i flere av de andre dommene, men er ikke tillagt særlig vekt ved avgjørelsene. Dette har skjedd enten fordi barna ikke har kommet med noe klart og konsist ønske, de har vært så unge at retten mente deres ønsker ikke kunne tillegges vekt, eller fordi retten har vært usikre på om barnas uttalelser er deres egentlige

⁴³ Ot.prp. nr. 29 (2002-2003)s 61

⁴⁴ Rt. 1999 s 1183

⁴⁵ Rt 2004 s 811 avsnitt 47

⁴⁶ Smith (2006)s 117

mening, eller om de er påvirket av foreldrene. I disse sakene har retten valgt å begrunne avgjørelsen med andre momenter fra barnets beste-vurderingen.

I Rt. 2007 s. 376 ble det lagt avgjørende vekt på barnas ønsker. Det dreide seg her om to barn på 12 og 9 år som hadde bodd hos faren siden foreldrene skilte lag 3 år tidligere. Det ble lagt til grunn at de hadde det godt hos faren, men de uttrykte et ønske om å bo hos moren. Begge barna skulle på grunn av sin alder få uttale seg om hvor de ville bo fast, og det skulle legges stor vekt på 12-åringens mening. Høyesterett kom så med en viktig uttalelse om vektleggingen av barnas ønsker i avsnitt 23 i premissene. ”Det er likevel ikke slik at barnas mening i seg selv skal være avgjørende. Barn skal i utgangspunktet ikke, uansett alder og modenhet, pålegges det ansvar det er å måtte velge mellom sine foreldre. På den annen side må man, når barnet har nådd en viss alder, og har klart gitt uttrykk for en fast mening, legge betydelig vekt på dette. Ellers vil ordningen med å rådspørre barna, som ofte innebærer en stor belastning for dem, kunne virke respektløs og krenkende”. Den 12 år gamle gutten hadde gjennom alle instanser gitt klart uttrykk for at han ville bo hos moren. Jenta på 9 hadde vært litt mer uklar, men hun hadde sagt at hun i alle fall ville bo sammen med broren. Retten mente det ikke var grunn til å tvile på at barna uttrykket sine egentlige meninger, og uttalte at hvis man skulle gå imot barnas ønsker i denne saken, måtte det være fordi miljøskiftet ved flytting ville være skadelig for dem. Retten kunne ikke se at det var tilfelle, og barna ble i tråd med sine ønsker flyttet til moren.

I LB-2007-144628 dreide det seg om en søskenflokk på tre i alderen 5 til 13 år. Den eldste jenta hadde over lengre tid gitt klart uttrykk for at hun ville bli boende hos moren, og hun hadde det siste halvåret nektet samvær med faren. Retten kom til at hun sannsynligvis ikke ville akseptere å måtte flytte til faren, og at det ville føre til enda større konflikt og uro hvis hun måtte dette. Den mellomste i søskenflokken ønsket også å bli boende hos moren, mens 5-åringen ønsket å flytte til faren. Retten uttalte at 5-åringen var så liten at han vanskelig kunne tenkes å ha noen veloverveid oppfatning om hvor han skulle bo fast. Sammen med hensynet til å holde søskenflokken samlet førte dette til at de alle tre ble boende hos moren,

til tross for at de antagelig ville oppnå best samlet foreldrekontakt dersom de flyttet til faren.

LB-2007-146158 gjaldt ei jente på 11 år. Foreldrene hadde hatt store problemer med å samarbeide om omsorgen for henne etter samlivsbruddet 8 år tidligere, og de siste årene hadde hun mistet kontakten med faren. Jenta ønsket sterkt å bli boende hos moren, og retten uttalte at hvis hun skulle flyttes, måtte det foreligge svært spesielle omstendigheter, særlig fordi hun var i en god omsorgssituasjon hos moren. Retten mente det var liten tvil om at jenta ville få omtrent like mye kontakt med begge foreldrene dersom hun flyttet til faren, noe den anså umulig dersom hun fortsatte å bo hos moren. Dette skyldtes antagelig ikke moren, det var nok en reaksjon jenta hadde på konflikten mellom foreldrene. Tingretten hadde kommet til at hensynet til best samlet foreldrekontakt veide tyngst, og flyttet jenta til faren. Lagmannsretten mente derimot at en flytting ville kunne virke mot sin hensikt når jenta som var såpass stor i så lang tid og så sterkt ønsket å bo hos moren. Det var sannsynlig at hennes motvilje mot faren kunne bli enda sterkere dersom hun ble tvunget til å flytte til han. Til dette kom at sakkyndig i saken hadde uttalt at det ville være et "halsbrekkende eksperiment" å flytte henne til faren. Retten bestemte derfor at hun skulle bli boende hos moren som hun ønsket.

Felles for disse tre sakene er at barna har vært relativt store når deres ønsker har blitt tillagt avgjørende vekt, 12 år eller rett under. I LA-2007-25548 ble det imidlertid lagt avgjørende vekt på yngre barns ønsker. Denne saken dreide seg om to barn på 9 og 6 ½ år. Begge foreldrene kunne tilby god omsorg, den samlede foreldrekontakten ville være den samme uansett hvor barna bodde, og retten la til grunn at en flytting ikke ville innebære noen stor risiko. Barna ønsket begge å bo hos moren, som de hadde bodd sammen med siden samlivsbruddet inntil de flyttet til faren for et knapt år siden. Retten bemerket at avgjørelsen av saken hadde budt på betydelig tvil, siden begge løsninger i utgangspunktet var gode, og ingen av foreldrene utpekte seg som mer egnet enn den andre til å ha den daglige omsorgen for barna. Saken ble dermed avgjort på bakgrunn av barnas ønsker, særlig 9-åringen hadde uttrykt et klart og stabilt ønske om å bo hos moren, noe som i følge

retten måtte sees i sammenheng med den sterke tilknytningen de hadde til moren. Denne avgjørelsen viser at hensynet til barnets ønske kan veie tungt også for barn under 12 år i saker der andre momenter ikke i like stor grad gjør seg gjeldende.

Fire av dommene i undersøkelsen går klart imot barnets ønske om hvor det vil bo fast. Rt. 2005 s 682 gjaldt ei ti år gammel jente som hadde bodd sammen med moren siden foreldrene skilte lag da hun var fem år. Da jenta var 7 år, stoppet samværene hennes med faren. Faren reiste da sak for å få den daglige omsorgen for datteren, mens moren reiste sak om at far ikke skulle ha samvær. Tingretten kom til at datteren fortsatt skulle bo hos moren med samvær for faren, mens Lagmannsretten kom til det motsatte resultat. Jenta hadde hele tiden uttrykket et klart ønske om å bo hos moren. Hun hadde bodd sammen med henne hele livet, og hun hadde ikke hatt jevnlig samvær med faren på mer enn tre år. Høyesterett kom likevel under tvil til at hun skulle flyttes til faren. Retten mente moren var skyld i datterens vegring mot faren. Hun hadde vært negativ til samværene, og påvirket datteren ved negativ omtale av faren, blant annet til å tro at han drakk og var voldelig. Retten mente videre at jentas ønske delvis var begrunnet i hensynet til moren. Faren hadde også taklet bruddet dårlig, og begge foreldrene hadde dratt jenta inn i konflikten dem i mellom. Retten mente likevel at jenta ville få det mest stabilt i fremtiden dersom hun flyttet til faren, og samtidig oppnå best samlet foreldrekontakt. Avsnitt 42 i premissene kommenterer hensynet til jentas ønske. Retten påpeker at det som gjorde avgjørelsen vanskelig, var at den gikk imot jentas sterke ønske. Førstvoterende uttaler: ”Hun er en ganske stor jente nå, og hennes meninger har betydning. Men ut fra det totalbilde denne saken gir, ville det etter min mening ikke være riktig overfor C [jenta] å la hennes ønske i dag være avgjørende. C og far har ikke hatt et naturlig forhold til hverandre på flere år. Hennes oppfatning er dannet i en konfliktfylt situasjon mellom foreldrene, og i disse årene har hun ikke hatt noen reell mulighet til å oppleve far som omsorgsperson”. Dermed ble hun flyttet, selv om det i følge sakkyndig i saken ville føre til en krisereaksjon hos jenta, og det ble anbefalt at hun fikk hjelp av en psykolog til å takle flyttingen.

I saken LH-2007-154172 uttalte retten at den etter en helhetsvurdering hadde kommet til at barnas ønske om å bo fast hos faren ikke kunne være avgjørende. Barna var 7 og 9 år gamle, og lagmannsretten bemerket at de underveis i prosessen hadde gitt uttrykk for noe varierende syn på hvor de ville bo fast. Videre ble det presisert at ”ingen av barna har nådd en slik alder eller modenhetsnivå hvor det etter loven skal legges stor vekt på barnas mening”. Hensynet til best samlet foreldrekontakt og status quo talte for at barna ble boende hos moren.

LG-2007-43858 gjaldt en 12 år gammel gutt som bodde hos faren, men ønsket å flytte til moren. Guttens hadde betydelige problemer både faglig, sosialt og adferdsmessig, og hadde behov for ro og stabilitet hjemme, noe retten mente han best fikk dersom han ble boende hos faren. Om guttens ønske uttalte retten at ”Det skal etter loven legges stor vekt på hva [guttens] mener. Det er likevel ikke slik at hans mening skal være avgjørende. Barn skal i utgangspunktet ikke, uansett alder og modenhet, pålegges det ansvar det er å måtte velge mellom sine foreldre”. Retten uttalte videre at den klart så det uheldige i å tilsidesette guttens ønske, men den mente allikevel at det ikke kunne tillegges avgjørende vekt i denne saken. Den anså heller ikke at det ville skape store problemer i forholdet mellom gutten og faren at avgjørelsen gikk imot guttens ønske.

Avgjørelsen viser at retten også kan gå imot ønsker fra barn som er fylt 12 år, som det i følge loven skal legges stor vekt på hva mener. I slike tilfeller er det som regel omstendigheter som gjør at andre momenter ved barnets beste-vurderingen veier spesielt tungt.

3.3 Risikoen ved miljøskifte

3.3.1 Innholdet i begrepet

Risikoen ved miljøskifte er det argumentet som oftest er blitt anført i Høyesteretts domsgrunner i barnefordelingssaker.⁴⁷ Argumentet går ut på at det vil være det beste for barnet å slippe å flytte. Miljøskifte kan innebære skifte av barnets indre miljø, det vil si hovedomsorgsperson og bolig, men også skifte av det ytre miljø, som venner, skole og fritidsaktiviteter.⁴⁸

Farene ved miljøskifte for barnet er trukket frem i forarbeidene som et moment som ofte blir fremhevet i rettspraksis. Ved avgjørelsen av om miljøskifte vil innebære en risiko, vurderer man ”hvor lenge barnet har vært i sitt nåværende miljø og hvor festnet det er der, hvor forskjellige miljøene er, og om barnet har hatt kontakt med det aktuelle nye miljøet”.⁴⁹ Det vil her særlig vurderes om barnet har beholdt kontakten med den av foreldrene som det er aktuelt at det skal flytte til. Videre nevner forarbeidene at bostedet kan ha betydning. Er barnet vant til å bo i en utkantbygd kan det være en belastning å flytte til en storby, men på den andre siden har også storbyens fordeler vært trukket frem i rettspraksis.⁵⁰

Argumentet som hevder at det ikke er til barnets beste å måtte skifte miljø, kalles også status quo-prinsippet. Man legger til grunn at det beste for barnet vil være å opprettholde den aktuelle boordningen.

Utgangspunktet for prinsippets sterke stilling i norsk rettspraksis er en erklæring fra en overlege ved Rikshospitalets barnepsykiatriske avdeling inntatt i en Høyesterettsdom fra 1953.⁵¹ Det uttales der at miljøskifte har en meget alvorlig innflytelse på mindre barn, og at

⁴⁷ Smith (2006) s 141

⁴⁸ Sandberg (1990) s 66

⁴⁹ NOU 1977:35 s 63

⁵⁰ NOU 1977:35 s 63

⁵¹ Rt 1953 s 1374

det kan skade utviklingen av barnets følelsesliv å stadig skifte oppdragere.⁵² Dette synspunktet har domstolene senere sluttet seg til mange ganger, og Lucy Smith og Peter Lødrup hevder i ”Barn og Foreldre” at det kan se ut som om domstolene legger til grunn en naturlig formodning om at miljøskifte er skadelig.⁵³ Andre konkrete omstendigheten kan selvfølgelig tale for at det beste for barnet vil være å flytte, men hvis barnet trives godt der det bor, skal det særlige grunner til for at barnet skal flyttes.⁵⁴ Det at barnet vil få det like godt hos begge foreldrene, og at det kan legges til grunn at et miljøskifte ikke vil innebære noen risiko, er ikke nok til å begrunne flytting. Høyesterett har i et slikt tilfelle uttalt at det må foreligge overvekt av sannsynlighet for at en endring av fast bosted vil være til fordel for barnet.⁵⁵

3.3.2 Vektlegging av miljøskifteargumentet

For små barn er det særlig skifte av hovedpersonen i barnets liv som utgjør risikoen ved et miljøskifte. Små barn er ekstra sårbare for brudd med viktige omsorgspersoner i følge overlegens uttalelse i dommen fra 1953, og domstolene legger størst vekt på det indre miljøet for mindre barn.⁵⁶ Det legges vekt på hvem som har hatt den faktiske omsorgen for barnet både under samlivet og etter bruddet.⁵⁷ For eldre barn vil det ytre miljøet som skole, venner og fritidsaktiviteter ofte spille en vel så stor rolle ved vurderingen av risikoen ved miljøskiftet.⁵⁸

Status quo-argumentet får gjerne økt styrke jo lengre tid som er gått siden samlivsbruddet.⁵⁹ I tillegg spiller argumentet en større rolle jo lenger foreldrene bor fra

⁵² Smith (2006) s 141

⁵³ Smith (2006) s 142

⁵⁴ Smith (2006) s 142

⁵⁵ Rt 1996 s 420 på s 427

⁵⁶ Sandberg (1990) s 66

⁵⁷ Skjørten (2005) s 73

⁵⁸ Sandberg (1990) s 66

⁵⁹ Skjørten (2005) s 73

hverandre, og jo dårligere kontakten har vært mellom barnet og den forelderen det ikke har bodd sammen med.⁶⁰

Status quo-prinsippet har vært kritisert i teorien fordi det vil kunne føre til løsninger som ikke er det beste for barnet bedømt ut fra foreldrenes personlige egenskaper, ettersom det hovedsakelig er den etablerte situasjon som begrunner resultatet.⁶¹ Noen ganger kan det også være litt tilfeldig hvem av foreldrene barnet blir boende hos rett etter samlivsbruddet. Det er derfor viktig at sakene ikke tar lang tid, og at den av foreldrene som ikke har barnet boende hos seg sørger for å ha nær og regelmessig kontakt med barnet. På den måten vil hensynet til risikoen ved miljøskifte ikke bli så tungtveiende.⁶²

I de senere år har status quo-prinsippet flere ganger måtte vike for prinsippet om størst samlet foreldrekontakt.⁶³ Dette kan tyde på at den naturlige formodningen om at miljøskifte er skadelig, som Smith og Lødrup snakker om, ser ut til å få noe mindre gjennomslagskraft.

3.3.3 Rettspraksis

Hensynet til risiko ved miljøskifte er lagt til grunn for avgjørelsen i 11 av dommene i undersøkelsen. Det har også vært nevnt som tileggsmoment i flere andre saker.

LG-2007-43858 er det tidligere referert til under punkt 3.2.4. Risikoen ved miljøskifte veide i denne saken tyngre enn ønsket til den 12 år gamle gutten i saken. Gutten hadde en rekke problemer både faglig og sosialt, og retten mente det var en betydelig fare for at en flytting ville kunne gi han økte problemer, han trengte ro og forutsigbarhet i hverdagen. Dette førte til at gutten ble boende hos faren.

⁶⁰ Smith (2006) s 143

⁶¹ Smith (2006) s 146

⁶² Smith (2006) s 146

⁶³ Smith (2006) s 143

I LB-2008-49316 stod tvisten om ei jente på 5 ½ år. Retten la til grunn at begge foreldrene ville kunne gi henne god omsorg og kontakt med den andre forelderen. Moren hadde hatt hovedomsorgen for datteren i hennes første leveår mens foreldrene fremdeles var gift. Etter samlivsbruddet bodde jenta annenhver uke hos hver av foreldrene, men hun hadde bodd fast hos moren det siste halve året etter dom fra tingretten. Jenta var knyttet til begge foreldrene, men retten mente tilknytningen til moren var størst. Retten la ved avgjørelsen vekt på at moren hadde hatt den daglige omsorgen for datteren det siste halve året, og uttalte at ”det vil være best for et barn i [jentas] alder å bli værende der hun nå er og allerede i noen tid har bodd fast”.

LB-2007-9639 dreide seg om en snart 11 år gammel gutt som i hele sitt liv hadde bodd sammen med moren. Omsorgssituasjonen hadde ikke alltid vært optimal hos henne, men barnevernet la til grunn at den nå var tilfredsstillende. Retten mente faren ville gi gutten god omsorg, men stilte spørsmål ved hans evne til å se guttens behov fullt ut.

Lagmannsretten uttalte så ”Spørsmålet om hvor [gutten] skal bo fast, kan imidlertid ikke alene avgjøres ut fra en sammenlignende vurdering av hvilket av de to hjemmene som isolert sett vil kunne tilby den beste omsorg. Det må tas utgangspunkt i at det her gjelder et barn på snart 11 år som i hele sitt liv har bodd fast sammen med moren.[...]Han har tre småsøsken som han bor sammen med, en stefar som han regner som far, og bor i et miljø der han trives. Kontakten med far og hans miljø har vært svært begrenset.[...]Både barneverntjenesten, helsesøster og den sakkyndige regner ham som en ikke særlig robust gutt, som har vært tungt belastet med konfliktene mellom foreldrene i mange år. Etter lagmannsrettens vurdering vil han utsettes for betydelige farer ved et miljøskifte, og en flytting kan bare komme på tale dersom det er trygghet for at han ikke vil bli skadelidende”. Retten kunne ikke se at slik trygghet kunne garanteres, og gutten ble boende hos moren.

Det utmerker seg at hensynet til status quo gikk i favør av moren i hele 9 av 11 dommer. Det er antagelig mest vanlig at barn blir boende hos moren direkte etter samlivsbrudd. Dette kan føre til at far settes i en dårligere posisjon i en barnefordelingssak, som regel uten at han er klar over det.

I seks av dommene som er undersøkt uttaler retten at den ikke legger vekt på risikoen ved miljøskifte ved avgjørelsen av hvor barnet skal bo fast. Begrunnelsen for dette er at den mener en flytting ikke vil innebære noen risiko for barnet i de aktuelle sakene, eller at andre hensyn veier tyngre.

Rt. 2007 s 376 gjaldt som nevnt under punkt 3.2.4 et søskenpar på 9 og 12 år. Det var klart at begge foreldrene hadde god omsorgsevne. Barna hadde bodd hos faren i de tre årene som var gått siden foreldrene skilte lag, de var vel etablert og hadde det godt der. Høyesterett uttalte i avsnitt 22 at ”I et slikt tilfelle må det, for å endre situasjonen, kreves at en flytting vil medføre fordeler for barna, jf Rt. 1996 s 420”. I denne saken var fordelene at barna fikk bo der de selv ønsket. Barna hadde i lang tid uttrykket at de ville bo hos moren, og i følge retten måtte miljøskifte være skadelig eller risikabelt for dem dersom man skulle fravike dette ønsket. Retten mente det ikke var tilfelle. Begge barna var velfungerende og sosiale, og de hadde etablert et nettverk hos moren ettersom de bodde der 40 prosent av tiden. Resultatet ble at barna skulle bo fast hos moren.

I LF-2008-69718 kom rettens flertall til at en 20 måneder gammel gutt skulle flyttes fra moren til faren. Barnet hadde hatt lite samvær med faren som bodde et stykke unna. Retten uttalte: ”Barneloven inneholder ingen morspresumsjon, men det skal tungtveiende grunner til for å flytte et spedbarn til far, når det er etablert hos mor. Det har imidlertid gått ni måneder siden hovedforhandlingen i tingretten. [Barnet] er 20 måneder gammel og forholdene omkring han fremstår klarere i dag. Det avgjørende blir guttens beste på lengre sikt”. Flertallet kommenterte ikke hensynet til status quo utover dette, og kom til at faren var best egnet til å ha hovedomsorgen for gutten fremover. Moren jobbet i Nordsjøen, og lot besteforeldrene ha ansvaret for gutten mens hun var borte. Hun hadde dratt ut første gang da gutten bare var 4 ½ måned gammel, og retten mente hun viste liten forståelse for små barns behov for nærhet og tilstedeværelse. Hos faren ville gutten slippe slike langvarige fravær fra den som hadde hovedomsorgen for han.

LB-2008-102138 gjaldt også et lite barn. Tingretten hadde bestemt at gutten, som nå var 2 ½ år gammel, skulle bo fast hos faren. Forholdene hadde imidlertid forandret seg siden den tid, og moren hadde hatt en positiv utvikling. Om hensynet til å opprettholde status quo uttalte retten: ”I praksis har foreldrene omtrent hatt delt omsorg for C [gutten] etter tingrettens dom. Uansett hvem som får den daglige omsorgen, skal en utvidet samværsordning videreføres. C er så liten at han hittil har hatt liten bevissthet om hvor han bor fast. Hensynet til status quo har derfor etter lagmannsrettens syn begrenset vekt i denne saken”. Lagmannsretten bestemte så at gutten skulle bo fast hos moren.

I LF-2008-80693 dreide seg om en 4 ½ år gammel gutt som i hele sitt liv hadde bodd sammen med moren. Retten uttalte igjen at dersom ”en slik etablert situasjon skal endres, må det foreligge særlige grunner”. Retten kom til at det gjorde det her. Gutten hadde særlige omsorgsbehov, og moren hadde ikke den omsorgsevne som var nødvendig for at han skulle utvikle seg så godt som mulig. Det beste for barnet ville være å bo fast hos faren.

3.4 Best samlet foreldrekontakt

3.4.1 Innledning

Det er vanlig ansett å være til barnets beste å ha jevn og god kontakt med begge foreldrene, også etter et samlivsbrudd.⁶⁴ Hensynet til at barnet får størst mulig samlet foreldrekontakt har i de senere år blitt stadig mer vektlagt i rettspraksis, og har blant annet som formål å unngå hindring av samvær.⁶⁵ Barnet har rett til samvær med den av foreldrene det ikke bor sammen med etter bl. § 42, og denne forelderen har også rett til samvær med barnet etter bl. § 43 (1). Et vesentlig spørsmål er i denne forbindelse da hvem av foreldrene som må antas å være mest samarbeidsvillig med tanke på samværsretten.⁶⁶ Ved denne vurderingen

⁶⁴ Kjølberg (2006) s 67

⁶⁵ Smith (2006) s 146

⁶⁶ Smith (2006) s 146

blir det sentralt hvordan foreldrene har oppført seg i tiden etter bruddet. Dersom den ene forelderen har vist en svært fiendtlig holdning til den andre, kan dette føre til at man presumerer at utøvelsen av samværsretten vil bli problematisk, slik at denne forelderen ikke bør ha barnet boende fast hos seg. Det samme gjelder hvis den ene direkte har motarbeidet samværet mellom barnet og den andre.⁶⁷ En prinsipielt viktig dom er Rt 1982 s.116.⁶⁸ Saken dreide seg om en 5 år gammel jente som hadde bodd hos faren siden moren forlot dem da jenta var 2 år. Begge foreldrene ble ansett for å være vel skikket til å ha ansvaret for datteren. Retten kom til at jenta skulle bo hos moren på tross av at hun var mest knyttet til faren og hadde det godt hos han, fordi faren i stor grad måtte bebreides for at morens samværsrett ikke var blitt gjennomført. Retten mente denne ordningen ville føre til at jenta fikk den ”beste og vedvarende kontakt med begge foreldrene”.⁶⁹ Dommen bryter klart med status quo-prinsippet, og viser at hensynet til størst mulig samlet foreldrekontakt veide tyngst i denne avgjørelsen.

3.4.2 Vektlegging av hensynet

Som tidligere nevnt har hensynet til best samlet foreldrekontakt i de senere år blitt stadig mer vektlagt i rettspraksis. Det har flere ganger gått foran status quo-prinsippet.

Det reises imidlertid noen problemstillinger ved å legge vekt på hensynet til best samlet foreldrekontakt når det skal avgjøres hvor barnet skal bo fast. For det første er det to bevissspørsmål.⁷⁰ Det ene er om det er den forelderen barnet bor hos eller barnets holdning som er grunn til at samværet ikke gjennomføres. Dersom barnets holdning er grunnen, blir det neste spørsmålet om barnets negative holdning skyldes den barnet bor hos, eller om den skyldes forholdet mellom den samværsberettigede og barnet. Hvis samværsproblemene

⁶⁷ Smith (2006) s 146

⁶⁸ Funnet gjennom Smith (2006) s 146

⁶⁹ Rt 1982 s 116 på s 119

⁷⁰ Sandberg (1990) s 73

skal brukes mot den forelder barnet bor hos, må han eller hun kunne bebreides for barnets holdning.⁷¹ Disse bevissspørsmålene kan være vanskelige.

Det siste problemet er at barnets holdning kan ha blitt så steil at barnet ikke bør flyttes, selv om det opprinnelig var den barnet bor hos som var opphavet til de negative følelsene.⁷²

Barnets beste skal hele tiden være det overordnede hensyn, slik at dersom man antar at det vil være til skade for barnet å bli flyttet, må hensynet til samlet foreldrekontakt vike.

Disse forholdene gjør at domstolene bør utvise skjønnsomhet ved anvendelsen av hensynet.⁷³

3.4.3 Rettspraksis

Hensynet til best samlet foreldrekontakt ble vektlagt ved avgjørelsen av 9 av dommene i undersøkelsen, i 4 av disse var hensynet avgjørende for saken.

Rt. 2005 s 682 er et klart eksempel på hvor langt retten kan gå for å sikre barnet best samlet foreldrekontakt. Saken gjaldt en 10 år gammel jente som hadde bodd sammen med moren siden foreldrene skilte lag seks år tidligere, og de siste tre årene hadde hun bare hatt tre samvær med faren. Jenta ønsket sterkt å bli boende hos moren, og hun motsatte seg samvær med faren. Høyesterett mente at begge foreldrene var skyld i jentas samværsvegring.

Moren var negativ til samvær med faren, og hun fortalte datteren at faren drakk og var voldelig, noe som ikke hadde rot i virkeligheten. Faren på sin side presset jenta ved å ringe henne og moren altfor ofte. Retten mente allikevel at hun utvilsomt ville få bedre kontakt med begge foreldrene dersom hun bodde fast hos faren. Hun hadde behov for begge foreldrene, og kontakt med dem begge ville gi henne mer stabilitet i tilværelsen.

Høyesterett avgjorde dermed at hun skulle flyttes til faren på bekostning av hennes eget ønske og hensynet til status quo.

⁷¹ Sandberg (1990) s 73

⁷² Sandberg (1990) s 73

⁷³ Sandberg (1990) s 74

I LB-2007-177902 uttalte lagmannsretten at den la særlig vekt på hensynet til fremtidig foreldresamarbeid og best mulig samlet foreldrekontakt ved avgjørelsen av hvor ei to år gammel jente skulle bo fast. Moren hadde oppfylt farens samværsrett i samsvar med det som var fastsatt i rettsforlik og i tingretten. Det fantes ingen holdepunkter for at moren ikke ville skåne barnet for sine negative følelser i forhold til faren. Faren hadde på sin side opptrådt på en lite respektfull måte overfor moren. Den sakkyndige i saken påpekte farens uforsonlige holdning til moren, og var usikker på om han kunne legge samlivsbruddet bak seg. Faren prøvde både for tingretten og lagmannsretten å bevise at moren var psykisk ustabil, og at hun hadde vært innlagt på psykiatrisk avdeling, noe hennes lege avviste allerede i tingretten. Retten mente farens bevisførsel ikke var opplysende for saken, kun krenkende for moren; ”Hans forklaring for lagmannsretten viser ikke at han forstår hvordan hans handlinger er egnet til å skade foreldresamarbeidet”. Retten mente det var risiko for at faren ikke ville makte å samarbeide med moren for å sikre at jenta fikk kontakt med begge foreldrene, og kom dermed til at jenta skulle bo fast hos moren.

Hensynet til best samlet foreldrekontakt var avgjørende i LB-2008-45656. Tvisten stod om en ti år gammel jente som hadde bodd hos moren siden foreldrene skilte lag da hun var tre. Hun hadde hatt et utstrakt samvær med faren inntil et halvt år før saken havnet i retten. Samarbeidet dem imellom hadde skrantet i en tid, og da saken stod for lagmannsretten, var konflikten mellom foreldrene mer tilspisset enn noen sinne. Den sakkyndige uttrykte bekymring for jentas psykiske helse. Han mente det forelå alvorlige omsorgsmangler ved situasjonen jenta hadde befunnet seg i den siste tiden ved at hun var blitt trukket inn i konflikten mellom foreldrene. Moren flyttet med jenta uten å informere faren, og hun gjorde siden lite eller ingenting for å støtte opp om jentas samvær med faren. Lagmannsretten uttalte at en slik egenrådighet og mangel på kommunikasjon var uakseptabel. Moren nektet å akseptere betydningen av kontakt mellom far og datter, og retten fant det overveiende sannsynlig at det først og fremst var hun som hadde involvert datteren i konflikten. Retten mente det var lite som tydet på at moren ville klare å kommunisere og samarbeide med faren på en konstruktiv måte i fremtiden, mens han hadde vist vilje til konstruktiv tenkning og aksept av situasjonen. På grunn av dette

avgjorde den at jenta skulle flytte til faren, på tross av hennes eget ønske og hensynet til status quo. Jentas behov for kontakt med begge foreldrene ble sett på som det viktigste momentet i denne saken.

I LB-2007-146158 gikk retten imot hensynet til best samlet foreldrekontakt. Det dreide seg her om ei jente på 11 ½ år som hadde bodd sammen med moren siden foreldrene skilte lag da hun var tre. I løpet av det siste halvannet året hadde hun mistet kontakten med faren sin. Foreldrene hadde hele tiden hatt store problemer med å samarbeide om omsorgen for datteren, og datteren hadde de siste årene vegret seg sterkt mot samvær med faren. Retten kunne ikke se at moren aktivt hadde forsøkt å hindre samværet, men det kunne hende at hun ubevisst hadde forsterket datterens vegring på grunn av sin egen motvilje mot faren. Retten mente jenta kunne få omtrent like god kontakt med begge foreldrene dersom hun flyttet til faren. Et slikt omfang av samvær med faren virket umulig å få til dersom hun ble boende hos moren. Det var etter lagmannsrettens syn likevel meget sterke grunner som talte mot å la hensynet til best samlet foreldrekontakt veie tyngst i denne saken. Først og fremst var det jentas alder og hennes meget sterke ønske om å bo hos moren. Lagmannsretten mente det var fare for at det å flytte henne kunne virke mot sin hensikt, hun kunne få enda sterkere motvilje mot faren dersom hun ble flyttet mot sitt ønske. Dessuten hadde hun en sterk tilknytning til moren. Den sakkyndige hadde uttalt at det ville være et ”halsbrekkende eksperiment” å flytte jenta til faren. Etter dette kom retten til at det ville være best for jenta å bli boende hos moren, hensynet til samlet foreldrekontakt veide ikke opp for risikoen ved å flytte henne.

De to siste dommene viser at dommerens skjønn kan spille en viktig rolle ved avveiningen av barnets beste. Faktumet i de to sakene er ganske like, men utfallet ble forskjellig ettersom hensynet til samlet foreldrekontakt ble tillagt ulik vekt.

3.5 Barnets følelsesmessige tilknytning

3.5.1 Innledning

I følge forarbeidene til barneloven skal det legges betydelig vekt på barnets følelsesmessige tilknytning ved barnets beste-vurderingen, og hvem av foreldrene som har hatt hovedomsorgen for barnet.⁷⁴ I følge Sandberg er det her snakk om hovedomsorg under samlivet, ved omsorg etter samlivsbruddet kommer hensynet til risikoen ved miljøskifte inn.⁷⁵ Disse momentene skal imidlertid tillegges minkende vekt frem mot barnets skolealder.⁷⁶ Morspresumsjonen ble som nevnt under punkt 3.1 opphevet ved den nye barneloven. Men forarbeidene presiserer at ettersom det skal legges så stor vekt på barnets følelsesmessige tilknytning, vil det innebære at moren i de fleste tilfeller fortsatt vil få fortrinnsretten til et lite barn, siden hun som oftest har hatt den faktiske hovedomsorgen for barnet. Justiskomiteen bemerker videre at denne ”situasjonen vil kunne endre seg etter hvert som fedrene tar større og større del i den praktiske omsorgen for barnet allerede fra fødselen”.⁷⁷ Situasjonen har også endret seg på de snart 30 årene som er gått siden Justiskomiteen skrev dette. Flere fedre tar lengre pappapermisjon, og foreldrene er blitt mer likestilt når det gjelder å være hjemme med syke barn. Dessuten er flere mødre i arbeid. Dette har ført til at argumentet om barnets følelsesmessige tilknytning ikke like ofte går i favør av mor som det gjorde tidligere.

3.5.2 Vektlegging av argumentet

Forarbeidene anviser som tidligere nevnt at argumentet skal ha størst vekt for barn under skolealder. Tidligere rettspraksis viser at barnets følelsesmessige tilknytning har vært kommentert i over halvparten av dommene, men at det sjelden brukes som hovedbegrunnelse for avgjørelsen.⁷⁸ Hvem som har hatt hovedomsorgen under samlivet er

⁷⁴ Innst. O. nr 30 (1980-1981) s 14

⁷⁵ Sandberg (1990) s 57

⁷⁶ Innst. O. nr 30 s 14

⁷⁷ Innst. O. nr 30 s 14

⁷⁸ Skjørten (2005) s 66

relativt lite fremme i rettspraksis, selv om dette er nevnt som et viktig moment i lovens forarbeider.⁷⁹ Sandberg og Skjørten hevder i sine undersøkelser at det kan tenkes at retten faktisk har tatt hensyn til barnets følelsesmessige tilknytning og hovedomsorg i samlivet i flere saker uten at det går frem av domsteksten.⁸⁰ Sandberg hevder at det kan tenkes at domsstolene unngår å omtale barns følelsesmessige tilknytning for å ikke støte den tapende part, eller at de finner det vanskelig å avklare barns følelsesmessige tilknytning, og derfor velger å avgjøre saken ut fra mer objektive kriterier.⁸¹

Det kan dessuten ved vektleggingen av argumentet være vanskelig å skille mellom dette og hensynet til risikoen ved miljøskifte, ettersom disse to momentene henger så nært sammen.⁸²

Dette viser at selv om følelsesmessig tilknytning ikke lenger brukes så ofte som hovedbegrunnelse for valg av bosted, kan det ofte være ett av flere momenter som taler for samme løsning. Det er fremdeles kun i unntakstilfeller at barnet etter et samlivsbrudd ikke blir boende hos den av foreldrene det er mest knyttet til.⁸³

3.5.3 Rettspraksis

Følelsesmessig tilknytning kommenteres i 15 av dommene. I 10 av dommene bemerker retten at barnet/barna har like god følelsesmessig tilknytning til begge foreldrene. I fire dommer tillegges hensynet vekt ved vurderingen av hvor barnet skal bo fast, mens én sak avgjøres i strid med barnets følelsesmessige tilknytning.

I LB-2007-146158 er barnets følelsesmessige tilknytning ett av to momenter som begrunner avgjørelsen. Det dreide seg her om en 11 år gammel jente, og retten legger vekt

⁷⁹ Kjølberg (2006) s 65

⁸⁰ Skjørten (2005) s 70

⁸¹ Sandberg (1990) s 56

⁸² Sandberg (1990) s 53

⁸³ Kjølberg (2006)s 66

på ”hennes langvarige og sterke tilknytning til moren” ved avgjørelsen av hvor det vil være best for henne å bo. I følge forarbeidene skal det legges mest vekt på momentet for mindre barn, men rettens syn i denne saken var, på bakgrunn av den sakkyndiges uttalelser, at barn som skal igjennom en pubertetsprosess trenger den voksne som står dem nærmest tilstede.

I LA-2007-25548 legges det også vekt på følelsesmessig tilknytning. Tvisten stod om et søskenpar på 6 og 9 år. Barna hadde bodd hos faren det siste halve året, men de ønsket å bo hos moren. Retten mente dette måtte sees i sammenheng med den sterke tilknytningen barna hadde til moren, noe som var et resultat av at hun hadde vært hovedomsorgspersonen deres da foreldrene bodde sammen. Faren hadde fått bedre kontakt med barna etter at de flyttet til han, men retten mente likevel barnas ønsker sammenholdt med den sterke følelsesmessige tilknytningen de hadde til moren måtte veie tyngst.

Avgjørelsen i LB-2008-49316 bygger på følelsesmessig tilknytning og søskenkontakt. Lagmannsretten uttaler at ”Ved vurderingen av hvor E skal bo fremover, er det naturlig å ta utgangspunkt i at hun er en jente på vel fem og et halvt år og at det var moren som hadde hovedomsorgen for E i hennes første leveår, da partene fortsatt var gift”. Retten la til grunn at jenta var knyttet til begge foreldrene, men tilknytningen til moren var sterkest. Dette, i tillegg til at hun hos moren ville få best kontakt med halvsøsknene, førte til at retten mente det ville være best for henne å bli boende hos moren.

I LB-2008-45656 bestemte retten at barnet skulle flyttes til faren på tross av at hun hadde sterkest følelsesmessig tilknytning til moren. Jenta var ti år, og hun var også knyttet til faren. Moren hindret samvær mellom far og datter, og retten kom til at det ville være det beste for jenta å bo fast hos faren i fremtiden. Hun ville da få den kontakten med begge foreldrene som hun trengte.

Følelsesmessig tilknytning nevnes ikke i så mange av dommene i undersøkelsen med tanke på at det fremheves som et såpass viktig moment i forarbeidene. Det kan tyde på at Sandberg og Skjørten har rett i sine antakelser om at retten unngår å nevne momentet

eksplisitt, selv om den kanskje tar det i betraktning. Gjennomgangen viser dessuten at momentet tillegges vekt også for større barn, til tross for at forarbeidene sier at det skal tillegges mindre vekt frem mot skolealder. Et særtrekk er at alle dommene som begrunnes med følelsesmessig tilknytning fører til at barnet skal bo fast hos moren. Barneloven tilstreber likestilling mellom foreldrene, men det tyder på at på følelsesmessig tilknytning fremdeles til en viss grad er et ”morsargument”, selv om det kun i et fåtall saker vinner frem.

3.6 Holde søskenflokken samlet

3.6.1 Innledning

I forarbeidene nevnes hensynet til å ikke dele en søskenflokk som et moment det kan være aktuelt å legge vekt på ved vurderingen av hva som er til barnets beste.⁸⁴ Det antas at det er best for barn å vokse opp sammen med søsknene sine.

Ved vurderingen av argumentet må man se på de konkrete forhold i saken, som hvor nær barna er hverandre i alder, hvor gamle de er, hvor nært forhold de har til hverandre, og muligheten for fortsatt kontakt hvis de skilles.⁸⁵ Argumentet har liten verdi hvis søsknene allikevel snart skal flytte fra hverandre.⁸⁶

Det finnes momenter som kan tale for å skille søsken også. For eksempel kan det å dele søskenflokken bidra til at bitterheten mellom foreldrene blir mindre, og i enkelte tilfeller føre til at alle barna får bedre kontakt med begge foreldrene sine.⁸⁷ Dette er viktig for forholdet mellom barnet og foreldrene, men det er barnets beste som skal stå i fokus. Man

⁸⁴ NOU 1977:35 s 63

⁸⁵ Smith (2006) s 152

⁸⁶ NOU 1977:35 s 63

⁸⁷ Smith (2006) s 152

skal ikke dele en søskenflokk bare for å inngå, som Smith og Lødrup uttrykker det, ”en slags kompromissløsning som gir litt til begge foreldre”.⁸⁸

Videre kan hensynet til barnets ønske, eller at søskenflokken består av barn med spesielle behov, tale for at det vil være til barnas beste å splitte søskenflokken.⁸⁹ Forarbeidene trekker også frem en sak fra Høyesterett der hensynet til at en av søsknene ikke burde utsettes for uheldig påvirkning ble anført som argument for at søsknene burde splittes.⁹⁰

3.6.2 Vektlegging av argumentet

Hensynet til å holde søskenflokker samlet nevnes ikke så ofte i nyere rettspraksis.⁹¹ Det betyr ikke at argumentet ikke lenger er viktig, men rettspraksis viser at foreldrene ofte er enige om at søsken skal bo sammen. Dette fører til at det relativt sjelden strides om hvert enkelt barn, men heller om den samlede søskenflokken.

Man må som nevnt under punkt 3.6.1 se på de konkrete forhold i saken ved vektleggingen av argumentet, og veie det mot de andre hensynene som gjør seg gjeldene.

3.6.3 Rettspraksis

Hensynet til å holde søskenflokker samlet er nevnt i begrunnelsen for fem av dommene i undersøkelsen.

Saken i LB-2007-144628 dreier seg om tre barn i alderen 5 til 13 år. De to eldste ønsket å bo hos moren, mens 5-åringen helst ville bo hos far. De sakkyndige mente at de to yngste burde flytte til faren av hensynet til best samlet foreldrekontakt fordi morens sinne og frykt for faren kunne smitte over på barna. Den eldste burde bli boende hos moren ettersom hun hadde et så sterkt ønske om det at hun nektet samvær med faren. Retten kom derimot til at

⁸⁸ Smith (2006) s 152

⁸⁹ Skjørten (2005) s 86

⁹⁰ NOU 1977:35 s 63

⁹¹ Kjølberg (2006) s 71

alle barna skulle bli boende hos moren ettersom fordelene ved å flytte til faren ikke oppveide risikoen ved å dele søskenflokket og flytte to av barna fra et kjent bomiljø.

I LF-2008-62539 ble også hensynet til søskenkontakt og status quo avgjørende. Jenta hadde hele livet bodd sammen med sine halvbrødre på morssiden, og selv om hun også hadde halvsøsken på farssiden, kom retten til at det måtte antas at jentas relasjon til disse ikke hadde samme grunnleggende betydning for henne som forholdet til morens sønner.

I LB-2008-49316 var igjen søskenkontakt ett av de to avgjørende momentene. Argumentet ble tillagt stor vekt selv om det var betydelig aldersforskjell på jenta på 5 1/2 striden stod om, og hennes halvbrødre på 15 og 17 år. Jenta hadde et nært forhold til brødrene, og retten påpekte at det var særlig viktig at hun beholdt den gode kontakten med 17-åringen mens han fremdeles bodde hjemme hos moren. Dette er motsatt av hva som sies i forarbeidene til barneloven der det bemerkes at hensynet til samlet søskenkontakt har liten verdi dersom søsknene likevel snart skal flytte fra hverandre.⁹²

I LA-2006-160652 ble hensynet til søskenkontakt ikke vektlagt. Faren ble ansett som det beste omsorgsalternativ. Retten uttalte at når barnet bodde fast hos faren medførte det ”den uønskede konsekvensen at barnet ikke lenger vil kunne ha like nær tilknytning til sin halvsøster” som bodde hos moren. Dette var likevel ikke et avgjørende moment i saken. Barnet hadde flyttet til faren for et halvt år siden, og det så ikke ut som adskillelsen fra halvsøsteren hadde vært et problem. Dessuten pekte retten på den store aldersforskjellen mellom barnet på 3 år og søsteren på 11 år, og at man på grunn av denne ikke kunne regne med at forholdet deres nødvendigvis ville være like nært i de nærmeste årene.

Selv om hensynet til søskenkontakt ikke nevnes i så mange av domspremissene, betyr ikke dette at momentet ikke er viktig. I mange av de andre sakene som innebærer flere enn ett

⁹² NOU 1977:35 s 63

barn kommenteres det innledningsvis at foreldrene er enige om at søsknene ikke bør deles, og at retten også er enig i det.

Dommene viser at hensynet vektlegges ulikt i de forskjellige sakene. Dette er i tråd med at hver barnefordelingssak skal vurderes konkret, et hensyn som spiller én stor rolle i en sak kan settes til side i en annen.

3.7 Barnets kjønn

3.7.1 Innholdet i argumentet

Argumentet om vektlegging av barnets kjønn går ut på at det er til barnets beste å bo sammen med en omsorgsperson av samme kjønn. Man antar at barnet har godt av å kunne identifisere seg med omsorgspersonen.

I følge Smith og Lødrup har barnets kjønn ikke vært trukket frem i noen høyesterettsdom siden den nye barneloven trådte i kraft.⁹³ Undersøkelsen til Skjørten viser at argumentet blir tillagt vekt i noen saker i de lavere rettsinstanser.⁹⁴ Det går frem av hennes undersøkelse at partene i saken oftere legger vekt på barnets kjønn enn det dommerne gjør, og selv om retten i noen saker bruker kjønn som et av flere momenter som begrunnelse for avgjørelsen, uttrykker den i like mange saker eksplisitt at barnets kjønn ikke er relevant.⁹⁵ Smith og Lødrup mener man må være forsiktig med å bygge på et generelt prinsipp om at en gutt har størst behov for en far og en jente har størst behov for en mor. Man er ikke sikre på hvilken betydning kjønnsidentifikasjon har for barns utvikling. Dessuten må man her som ellers i barnefordelingssaker vurdere hvert enkelt tilfelle konkret, det er liten plass for generelle prinsipper.⁹⁶

⁹³ Smith (2006)s 153

⁹⁴ Skjørten (2005)s 91

⁹⁵ Skjørten (2005)s 91

⁹⁶ Smith (2006)s 154

3.7.2 Vektlegging av argumentet

Argumentet ser ut til å ha størst vekt for større barn, og retten har flere ganger fremhevet barns behov for kjønnsidentifikasjon i puberteten.⁹⁷ Som tidligere nevnt blir argumentet tillagt og ikke tillagt vekt i omtrent like mange dommer, det tyder på at det er et svært ulikt skjønn som anvendes av dommerne på dette området.⁹⁸ Av den grunn bør man være forsiktig med å basere en stor del av argumentasjonen sin på dette momentet, fordi det kan slå begge veier i retten.

3.7.3 Rettspraksis

Ingen av domspremissene legger vekt på barnets kjønn ved vurderingen av hvor det bør bo fast. Barnets kjønn kommenteres i én dom. I LB-2007-4727 bemerket retten momentet etter at sakkyndig i saken uttalte at barnets kjønn kunne tale for at det burde bo hos faren, men dette var et underordnet moment. Retten var enig i at kjønnsfaktoren måtte ha en underordnet betydning, og fant at den ikke kunne være utslagsgivende i denne saken.

Dette viser at Smith og Lødrup har rett i sine antagelser om at det vises tilbakeholdenhet ved anvendelsen av momentet, fordi man ikke vet hvilken betydning kjønnsidentifikasjon egentlig har for barn.

3.8 Foreldrenes personlige egenskaper

Ved vurderingen av foreldrenes personlige egenskaper legger man vekt på hvilken omsorgsevne de har. Momenter som vurderes er deres stabilitet, deres evne til følelsesmessig kontakt med barna og den trygghet de kan gi.⁹⁹ Forarbeidene til loven presiserer at man ved vurderingen må se bort fra tradisjonelle kjønnsrollemønstre. Man kan

⁹⁷ Skjørten (2005)s 93

⁹⁸ Skjørten (2005)s 93

⁹⁹ Kjølberg (2006)s 70

ikke automatisk gå ut fra at ”barnet er så lite at det har behov for en mors omsorg”. Far kan gi like god omsorg, og hvem som er best egnet til å gi barnet den omsorg det trenger, må vurderes konkret i hver enkelt sak.¹⁰⁰

Videre har Høyesterett slått fast at fysisk handicap hos en forelder ikke utelukker at barnet skal bo fast hos vedkommende, i en sak der barnet ble boende hos sin døve far.¹⁰¹

Skjørten fant i sin undersøkelse at i de dommene hvor retten la avgjørende vekt på personlige egenskaper, var det alvorlige svakheter ved den ene av foreldrene. Det dreide seg blant annet om alkoholproblemer, psykiske problemer, samværs sabotasje, involvering av barna i foreldrekonflikten og klare personlighetsforstyrrelser.¹⁰² Det var bare omtrent 10 % av foreldrene som ble ansett uskikket til å ha omsorgen for barna i de sakene der foreldrenes personlige egenskaper var tema, og her var det veldig alvorlige forhold som heftet ved foreldrenes omsorgsevne. Domstolene er med andre ord tilbakeholdne med å gi foreldre denne karakteristikken.¹⁰³

Retten kan også legge vekt på positive egenskaper ved foreldrene i deres favør, for eksempel at de har forståelse for barnas behov, eller at de er spesielt ressurssterke. Økonomi bør i følge forarbeidene til loven imidlertid ikke spille noen rolle, så lenge den tilfredsstiller visse minstekrav.¹⁰⁴

3.8.1 Argumentets vekt

Foreldrenes personlige egenskaper er et viktig moment, men det nedtones i rettspraksis. Skjørten har i sin undersøkelse ikke funnet noen høyesterettsdommer fra 1990-tallet som begrunner avgjørelsen med foreldrenes personlige egenskaper, men flere avgjørelser fra

¹⁰⁰ NOU 1977:35 s 64

¹⁰¹ Rt. 1993 s1165

¹⁰² Skjørten (2005)s 107

¹⁰³ Skjørten (2005)s 110

¹⁰⁴ NOU 1977:35 s 64

underrettene legger vekt på argumentet.¹⁰⁵ Sandberg hevder at en grunn til at høyesterett ikke legger mye vekt på momentet kan være at partene ikke møter selv i retten. Videre mener hun det er forståelig at retten ikke vil gå så mye inn på foreldrenes personlighet, det kan være uheldig av hensyn til at begge partene skal leve med avgjørelsen etterpå.¹⁰⁶ På grunn av disse forholdene kan det i følge Skjørten være grunn til å tro at dommerne legger større vekt på personlige egenskaper enn det som faktisk kommer frem av domsbegrunnelsene.¹⁰⁷

3.8.2 Rettspraksis

Ni av dommene i undersøkelsen legger vekt på foreldrenes personlige egenskaper og deres omsorgsevne. I en av dommene uttaler retten at mor ikke har nødvendig omsorgsevne for sønnen. En dom kommenterer ikke direkte morens skikkethet, men man kan nok ut i fra rettens begrunnelse se at den i alle fall er usikker på om moren er i stand til å gi god nok omsorg. I resten av sakene legges det til grunn at begge foreldrene vil kunne tilby tilfredsstillende omsorg, men retten mener den ene forelderen vil være et bedre omsorgsalternativ. Dette begrunnes blant annet med psykiske problemer hos den ene forelderen, personlighetstrekk, manglende evne til å se barnets behov, og manglende evne til å samarbeide om tilbudte hjelpetiltak.

I én dom legges det avgjørende vekt på en forelders positive egenskaper.

I LB-2007-59273 ble det anført som argument mot at barna skulle bo fast hos moren, at hun var hivsmittet. Hun tok medisiner som førte til at hun kunne leve et normalt liv, og hun gikk til jevnlig kontroll. Legen hadde gitt henne en god prognose for de neste 10-20 årene, og lagmannsretten kom til at hennes helsesituasjon derfor ikke skulle tillegges særlig vekt ved avgjørelsen. Konklusjonen ble at barna skulle bo hos moren.

¹⁰⁵ Skjørten (2005)s 107

¹⁰⁶ Sandberg (1990)s 80-81.

¹⁰⁷ Skjørten (2005)s 107

Retten kom til at barnet skulle bo hos faren i hele 6 av de 9 dommene, noe som viser at det ikke legges vekt på tradisjonelle kjønnsrollemønstre ved omsorgsevnevurderingen.

I LF-2008-80693 sier retten rett ut at den er kommet til at ”mor ikke har den omsorgsevne som er nødvendig for at C [barnet] fremover i tid skal få den utvikling som er mulig og ønskelig”. Sakkyndig i saken uttalte at moren hadde personlighetsmessige problemer i form av umodenhet, og vansker med å ta vare på seg selv. Kombinasjonen av at hun satte egne behov fremfor barnets, hennes personlige stil, og problemer med den materielle omsorgen, gjorde at sakkyndig uttalte at han ville sende bekymringsmelding til barnevernet dersom barnet ble boende hos moren. Dette førte til at gutten på 4 ½ år ble flyttet til faren, på tross av hensynet til status quo.

LG-2008-95195 la vekt på at far var mer stabil enn mor. Barnas mormor hadde tidligere kontaktet helsestasjon fordi hun var bekymret over datterens omsorgsevne. Hun møtte ikke opp til helsekontroller med barna, hun hadde problemer med grensesetting overfor dem, og hun hadde også en uvanlig døgnrytme. En nabo fortalte at barna flere ganger måtte klare seg selv på dagtid mens moren sov, og hun overlot barna til nærmest tilfeldige barnevakter når hun skulle på fest. I tillegg hadde hun flyttet en rekke ganger med barna, og familien hennes var bekymret for hvilket miljø barna ble trukket inn i. Retten kom dermed til at det ville være best for gutten tvisten stod om å bo hos faren.

LA-2007-172627 gjaldt en 15 år gammel gutt med særlige omsorgsbehov. Han var intellektuelt sent utviklet, og hadde store sosiale problemer. Sakkyndig i saken mente moren hadde alvorlige mangler ved sin omsorgsevne. Hun klarte ikke å lage de daglige rutineene som sønnen trengte, hun satte ikke grenser for han, og det var mangler ved den ernæringen han fikk. Sakkyndig mente moren ikke forsto guttens følelser, og hun konkluderte med at dersom faren ikke kunne ha omsorgen for gutten, ville hun anbefale at han ble fosterhjemsplassert. Lagmannsretten sluttet seg til psykologens vurderinger, og la til at moren heller ikke nyttiggjorde seg de hjelpetiltak som ble satt i gang for gutten. Med dette fant retten at det var til guttens beste å flytte til faren, på tross av hans ønsker om å bli

boende hos moren. I denne dommen kan det være grunn til å tro at retten anså moren for å være uskikket til å ha omsorgen for sønnen, selv om den ikke sa det rett ut.

I LA-2007-186323 bestemte retten at barna skulle bo fast hos faren på grunn av morens psykiske lidelser. Barna i saken var 1 ½ og 2 ½ år gamle, og de hadde bodd hos faren det siste året etter at moren ble tvangsinnlagt for sin schizofreni. Moren hadde i flere år slitt med psykiske lidelser, og retten mente det på grunn av hennes sykdomshistorie var et betydelig usikkerhetsmoment knyttet til hvordan hun i fremtiden kunne håndtere omsorgsrollen for to små barn. Moren hadde vist liten forståelse for egen sykdom, og hun hadde flere ganger forsøkt å bryte besøksforbudet. Lagmannsretten la til grunn at hun ”uavhengig av diagnosen har personlighetstrekk som gjør det usikkert om barna vil få det bedre å vokse opp hos henne enn hos B [faren]”. Retten la ikke vekt på at faren hadde en fortid som kriminell og rusmisbruker, ettersom den la til grunn at dette var et tilbakelagt stadium i hans liv.

I LA-2008-120769 la retten vekt på morens positive personlige egenskaper ved avgjørelsen av hvor barna skulle bo fast. Begge foreldrene var meget godt skikket til å ha hovedomsorgen for barna. Retten la allikevel spesiell vekt på morens personlighet. Hun var en klok og reflektert omsorgsperson, som behandlet barna med respekt og innlevelse i deres situasjon. Hun prioriterte deres interesser høyt, og var aktiv og engasjert i barnas liv. Sammenholdt med at hun hadde hatt hovedomsorgen for barna siden de ble født kom retten til at hennes personlighet gjorde at barna burde bo fast hos henne.

3.9 Stabile forhold i hjemmet

Med stabile forhold i hjemmet siktes det i følge Skjørten til ”ytre omstendigheter ved omsorgssituasjonen som boligsituasjon, arbeidsforhold og stabilitet i forhold til nye partnere”.¹⁰⁸ I tillegg kan det legges vekt på foreldrenes nettverk. Foreldrenes stabilitet kan også nevnes i forbindelse med foreldrenes personlige egenskaper, se under punkt 3.8.2. Hensynet til stabile forhold i hjemmet har sammenheng med barnets behov for trygghet under oppveksten.¹⁰⁹ Gjentatt flytting og skifte av foreldrenes partnere kan virke negativt på barnet.¹¹⁰

3.9.1 Vektlegging av argumentet

Skjørten fant i sin undersøkelse av hensynet til stabile forhold i hjemmet ble vektlagt i en fjerdedel av lagmannsrettsdommene, i halvparten av disse som hovedargument for avgjørelsen. Dette gjorde hensynet til den nest største gruppen av avgjørende momenter ved barnefordeling.¹¹¹ Argumentet ble også ofte nevnt i Sandbergs undersøkelse.¹¹² Argumentet er fremtidsrettet, og tar bare hensyn til fortiden dersom den kan si noe om fremtidsprognosen.¹¹³

3.9.2 Rettspraksis

Hensynet til stabile forhold i hjemmet er avgjørende i 5 av dommene i undersøkelsen. I tillegg er det nevnt som biargument i en rekke andre dommer, spesielt i forbindelse med foreldrenes personlige egenskaper.

¹⁰⁸ Skjørten (2005)s 79

¹⁰⁹ Sandberg (1990)s 76

¹¹⁰ Skjørten (2005)s 79

¹¹¹ Skjørten (2005)s 80

¹¹² Sandberg (1990)s 75

¹¹³ Skjørten (2005)s 80

I LF-2008-69718 var hensynet til stabilitet det avgjørende argument da en 20 måneder gammel gutt ble flyttet fra mor til far. Moren jobbet turnus i Nordsjøen, og lot besteforeldrene ta hånd om gutten de ukene hun var ute på jobb. Retten mente moren klart satte sine egne behov fremfor guttens med denne ordningen, så små barn kan ta skade av å stadig måtte bytte hovedomsorgsperson. Faren var reflekterende og empatisk, og lagmannsretten mente han var best egnet til å ha hovedomsorgen for sønnen fremover. Hensynet til stabilitet veide her tyngre enn hensynet til status quo.

Stabilitet og trygghet ble også tillagt avgjørende vekt i LA-2008-54571. Saken gjaldt tre barn, det ene hadde en diagnose som gjorde at han hadde særlige behov for stabilitet og oppfølging i hverdagen. Retten la til grunn at faren ville kunne ivareta dette bedre enn moren. Moren hadde flyttet med barna til en ny kjæreste i en annen by bare måneder etter at de var blitt kjent. Stabiliteten i forholdet deres var usikker, og det eldste barnet hadde uttrykt overfor sakkyndig i saken at han ikke likte morens nye samboer, og var redd for han. Moren var impulsiv, og prioriterte ikke alltid barnas beste foran egne interesser. Retten la videre vekt på farens ressurssterke nettverk av familie og venner som en betydelig fordel i omsorgssituasjonen hos han. Etter dette kom retten til at det beste for barna ville være å flytte til faren.

3.10 Fare for vold og overgrep

Etter barnelovens § 48 (2) skal det ved avgjørelsen av hvor barnet skal bo fast ”takast omsyn til at barnet ikkje må bli utsett for vald eller på anna vis bli handsama slik at den fysiske eller psykiske helsa vert utsett for skade eller fare”. Bestemmelsen ble tatt inn i loven i 2006, som er presisering av gjeldende rett for å ”sikre at alvoret i skadevirkningene barnet kan bli påført gis tilstrekkelig oppmerksomhet.”¹¹⁴ I følge forarbeidene gjelder bestemmelsen først og fremst vold og overgrep, men også annen omsorgssvikt. Videre sies

¹¹⁴ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005)s 56

det: ”Det er barnets totale omsorgssituasjon som må vurderes. Det vil således kunne tillegges vekt ikke bare om en forelder utøver vold eller overgrep, men også hvis en ny samlivspartner gjør det.”¹¹⁵

Dersom det er en reell risiko for seksuelle overgrep fra den ene forelder, vil dette være et tungtveiende, og som regel avgjørende, argument for at barnet ikke skal bo fast hos vedkommende.¹¹⁶ Det samme gjelder dersom forelder har utøvet annen vold mot barnet. I følge Backer kan bagatellmessig vold, som er utslag av få enkeltstående episoder, tillegges mindre vekt dersom overgrepshandlingen må anses som atypisk for vedkommende.

Selv om det er på det rene at det har skjedd overgrep, skal dette ikke sanksjoneres ved avgjørelsen om hvor barn skal bo fast, uten at det er fare for nye overgrep, eller at overgrepet har virket inn på barnets forhold til forelder.¹¹⁷ Videre vil vold mot den andre forelder kunne få betydning, særlig dersom volden er utøvet med barnet tilstede.¹¹⁸

Det kan være store bevismessige problemer ved påstander om overgrep. Hvis uriktige påstander legges til grunn, innebærer det en alvorlig urett for den som blir beskyldt. Hvis riktige påstander ikke legges til grunn, vil det være en alvorlig urett for den som kan utsettes for fortsatte overgrep. Det er en vanskelig avgjørelse, og en uriktig avgjørelse er tragisk.¹¹⁹

Det kan i følge forarbeidene ikke legges vekt på enhver påstand, det må som utgangspunkt foreligge forhold som underbygger påstanden. Det kan imidlertid ikke kreves sannsynlighetsovervekt for at mistanke om vold og overgrep legges til grunn. ”Det vil også kunne være tilstrekkelig med en mindre grad enn 50 prosent sannsynlighet for at beviskravet kan anses oppfylt. Hvilken grad av sannsynlighet som må foreligge vil avhenge

¹¹⁵ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005)s 56

¹¹⁶ Backer (2008)s 346

¹¹⁷ Backer (2008)s 472

¹¹⁸ Backer (2008)s 346-347

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 103 (2004-2005)s 28

av de konkrete omstendighetene i saken, hvor forhold som arten av overgrep det er fare for, alvorlighetsgrad og personlige forhold hos de involverte kan få betydning.”¹²⁰

3.10.1 Rettspraksis

Hensynet til å skjerme barna fra vold er nevnt i to av dommene i undersøkelsen.

Den første dommen er LG-2007-172519. Saken gjaldt fire søsken i alderen 5 til 12 år.

Barna hadde opplevd voldsutøvelse mellom foreldrene, og de to eldste jentene hadde selv blitt utsatt for vold fra moren flere ganger. Lagmannsretten uttalte at volden moren hadde utsatt barna for var uakseptabel, og at den viste at hun ikke klarte å kontrollere temperamentet sitt, noe som gikk ut over barna. ”Ut fra antallet episoder, foranledningen til dem og i den settingen de ulike episodene fant sted, kan volden vanskelig ses å være situasjonsbetinget.” Retten mente morens manglende evne til impulskontroll ville bli stadig mer utfordret ettersom barna ble større, og hennes væremåte representerte en risiko for barnas beste utvikling dersom de skulle bo fast hos henne. I tråd med barnas ønsker ble det bestemt at de skulle bo hos faren.

I LB-2006-38956 ble det ikke lagt vekt på morens beskyldninger om at faren utsatte barna for overgrep. Moren hadde flere år tidligere tatt opp sin frykt med politi og barnevern, men sakene var blitt henlagt etter omfattende etterforskning. Lagmannsretten uttalte at den hadde forståelse for morens opprinnelig frykt, men mente det var vanskelig å forstå at hun nå tok saken opp igjen uten at det var fremkommet noe nytt. Psykologer oppnevnt av tingretten mente det var liten sannsynlighet for at overgrep hadde funnet sted, og lagmannsretten mente moren var følelsesmessig fastlåst i sine overgrepsteorier. Retten mente det beste for barna ville være å bli boende hos faren, på grunn av hans personlige egenskaper og hensynet til best samlet foreldrekontakt.

¹²⁰ Ot.prp. nr.103 (2004-2005)s 56

3.11 Irrelevante argumenter

Forarbeidene til barneloven lister også opp noen momenter som ikke tillegges vekt i rettspraksis om hvor barnet skal bo fast.

Hvem av foreldrene som ”er skyld i” samlivsbruddet gis ingen betydning. Man er også forsiktig med å la en forelders forhold til den andre fortelle noe om vedkommendes forhold til barna.¹²¹

Barnelovutvalget presiserer at man skal se bort fra tradisjonelle kjønnsrollemønstre ved avgjørelsen av hvor barnet skal bo fast. Hvem som er best egnet til å gi barnet den omsorg det trenger må avgjøres konkret, man kan ikke begrunne avgjørelsen med at ”barnet er så lite at det har behov for en mors omsorg”.¹²² At en av foreldrene vil ha arbeid utenfor hjemmet, skal heller ikke tillegges betydning, såfremt det finnes muligheter for barnehage eller annet barnepass.¹²³ Videre skal det ikke legges vekt på om det etter en vanlig oppfatning er noe å utsette på en forelders ”vandel”. Barnelovutvalget mente at dette bare kan få betydning dersom man har ”konkret grunnlag for å si at dette kan medføre vansker for barnets sosiale tilpasning”.¹²⁴

Foreldrenes seksuelle legning har ikke noe å si for avgjørelsen om hvor barnet skal bo fast. Det samme gjelder dersom forelderens får en samboer av samme kjønn.¹²⁵ Spørsmålet om en forelders religiøse tilhørighet kan begrunne at barnet ikke bør bo fast hos denne har flere ganger vært oppe i rettspraksis, blant annet i forbindelse med at en av foreldrene tilhørte Jehovas vitner. Retten har uttalt at organisasjonens ideologi ikke er det avgjørende her, men hvordan forelderens opptre i forhold til barnet.¹²⁶

¹²¹ NOU 1977:35 s65

¹²² NOU 1977:35 s64

¹²³ NOU 1977:35 s65

¹²⁴ NOU 1977:35 s65

¹²⁵ Backer (2008)s 347

¹²⁶ Backer (2008)s 339

Som nevnt under punkt 3.8 spiller heller ikke foreldrenes økonomi noen rolle, så lenge den er tilfredsstillende.¹²⁷

I følge forarbeidene til barneloven bør avgjørelsen om hvor barnet skal bo fast ikke brukes som en sanksjon mot den som har tatt barnet til seg ved selvtekt. Dersom man automatisk tilkjenner den andre forelderen barnet i slike tilfeller, kan det føre til at hva som vil være til barnets beste ikke blir vurdert.¹²⁸ Barnet skal ikke straffes for at forelderen har opptrådt urettmessig, og et miljøskifte kan også i disse tilfellene være traumatisk for barnet.

Rettspraksis viser imidlertid at selvtekt har vært tillagt vekt ved avgjørelsen av hvor barnet skal bo fast.¹²⁹ Kjæremålsutvalget uttalte i Rt. 1987 s 232 at det måtte være ”klart at lagmannsretten hadde adgang til å ta hensyn til morens selvtekt som et moment ved vurderingen”.¹³⁰ Høyesterett har med dette i følge Sandberg ”åpnet for anvendelse av selvtekt som argument i større grad enn Barnelovutvalget var villig til”.¹³¹ Hun mener at Høyesterett her legger vekt på preventive hensyn, for å hindre at foreldre utøver selvtekt for å få beholde barnet gjennom argumentet om risikoen ved miljøskifte. At en av foreldrene tar barnet, er sjelden til det beste for barnet fordi det hindrer kontakt med den andre forelderen, og skaper usikkerhet. Hensynet til barn generelt taler dermed i følge Sandberg for at man bør kunne ta hensyn til selvtekt; ”hensynet til barn generelt er nok sterkere enn hensynet til det enkelte barnet i disse tilfellene”.¹³²

Selv om det er adgang til å ta hensyn til selvtekten, betyr det ikke at barnet automatisk skal flyttes. Som forarbeidene nevner spiller hensynet til risikoen ved miljøskifte også her en viktig rolle, og det at en forelder har utøvet selvtekt, kan si noe om dennes skikkethet som omsorgsperson, eller at den vil forsøke å hindre samvær med den andre forelderen.

¹²⁷ NOU 1977:35 s64

¹²⁸ NOU 1977:35 s65

¹²⁹ Rt. 1987 s232

¹³⁰ Rt 1987 s232 på s237

¹³¹ Sandberg (1990)s 91

¹³² Sandberg (1990)s 94

3.12 Andre hensyn enn barnets beste

Etter bl. § 48 (1) skal avgjørelsen om hvor barnet skal bo fast ”først og fremst” rette seg etter det som er best for barnet. I dette ligger det at også andre hensyn kan spille inn ved vurderingen, men loven gir ingen nærmere utdyping av hvilke hensyn det kan legges vekt på.

I følge Holgersen må utgangspunktet antagelig være at det ”i hvert fall ikke kan tas hensyn til forhold som ligger helt utenfor familien”.¹³³ Hun nevner som eksempel på dette at en skole ønsker å beholde barnet i sin skolekrets.

Hensynet til foreldrene kan imidlertid få betydning i enkelte tilfeller.¹³⁴

I følge forarbeidene til barneloven kan hensynet til foreldrene komme inn ”dersom ingen av løsningene peker seg ut som den beste for barnet”.¹³⁵ Man legger her vekt på ”hvem av foreldrene som har mest behov for å ha barnet hos seg, og hvem som vil lide det største tap ved å ikke få det”.

Høyesterett har også latt hensynet til foreldrene få avgjørende vekt i saker der de ikke har klart å avgjøre hva som var til det beste for barna. I Rt. 1985 s 179 ville begge foreldrene kunne gi barnet god omsorg, og retten fant det vanskelig å avgjøre hva som ville være best for barnet. Retten uttalte at den forutsatte at det ville bli et større tap for moren enn for faren å ikke få omsorgen.¹³⁶ Rt. 1989 s 176, den såkalte ”Kenya-dommen”, er tidligere kommentert under pkt. 3.2.2. Her hadde faren urettmessig tatt barna med til Norge, og manipulert dem til å tro at moren var et forferdelig menneske. Høyesterett uttalte ”Når det som her nærmest er umulig å avgjøre hva som er best for barna, er det altså adgang til også å legge vekt på andre hensyn.” Retten kom til at moren her måtte få omsorgen, det motsatte resultat ”ville være å ”belønne” en part som uhjemlet har bortført barna og senere har

¹³³ Holgersen (2008)s 221

¹³⁴ Holgersen (2008)s 221

¹³⁵ Innst. O. nr. 30 (1980-1981)s 14

¹³⁶ Funnet gjennom Holgersen (2008)s 222

inngitt dem et vrengebilde av deres mor”. Dette viser at forhold ved foreldrenes adferd også kan være relevant.¹³⁷

4 Sammenligning med funn i tidligere undersøkelser

4.1 Tidligere undersøkelser

4.1.1 Lucy Smiths undersøkelse

Lucy Smith foretok en undersøkelse av rettspraksis i barnefordelingssaker på 1970-tallet. Undersøkelsen bestod av praksis fra fylkesmannen, alle barnefordelingssaker ved Oslo Byrett i 1969, 1972 og 1974 og ved lagmannsrettene i 1973 og 1974, i tillegg til Høyesteretts praksis fra 1957 til 1975.

Smiths undersøkelse ble foretatt før den nye barneloven kom i 1982. Barnets beste skulle imidlertid også da legges til grunn ved avgjørelsen om hvem av foreldrene som skulle få foreldremyndigheten, jfr. lov om barn i ekteskap av 21.12.1956 § 8 (2).¹³⁸ Moren hadde allikevel i følge bestemmelsen en fortrinnsrett til små barn, med mindre retten kom til at barnet ville få det bedre hos faren.

Smith fant at selv om morspresumsjonen ble svekket ved lovendringen i 1969, hadde den fortsatt i mange tilfelle stor betydning i rettspraksis. Allerede før lovendringen var det begynt en utvikling der retten var blitt mer tilbøyelig til å gi faren foreldremyndigheten for små barn. Likevel viste undersøkelsen at moren hadde en viss fortrinnsstilling for små barn, dersom begge foreldrene var skikket til å ha omsorgen. Det ble særlig lagt vekt på den

¹³⁷ Holgersen (2008)s 222

¹³⁸ Smith (1976)s 14

følelsesmessige tilknytningen mellom mor og barn.¹³⁹ Moren fikk barna i rundt 63 % av sakene fra underrettene, faren i rundt 32 %, mens det i resten av sakene skjedde en deling av barna. I sakene fra Høyesterett fikk imidlertid far barna i flere tilfeller enn mor. Hovedbegrunnelsen i de sakene der moren fikk barnet var at hun var mest skikket eller at barna hadde sterkest tilknytning til henne.

Undersøkelsen viste at risikoen ved miljøskifte var det argument som oftest ble tillagt vekt i Høyesterett. Også i de lavere instansene ble argumentet ofte brukt.¹⁴⁰ Argumentet hadde størst betydning i saker som gjaldt små barn, for barn over 12 år ble det sjelden nevnt.¹⁴¹

Videre ble barnets ønske brukt som argument. Da undersøkelsen ble foretatt bestemte vergemålsloven § 40 at barn som var fylt 12 år skulle høres i saker som gjaldt dets person.¹⁴² I enkelte tilfeller ble det også lagt vekt på yngre barns meninger, men rettspraksis viste at det varierte i hvilken grad barn under 12 år ble spurt om hvor de helst ville bo. Barn under skolealder ble svært sjelden spurt.¹⁴³ Undersøkelsen viste at barnets ønske ble tillagt stor vekt, og større jo eldre barnet var. Men det berodde her som ellers på en helhetsvurdering, og momenter som foreldrenes uskikkethet og hensynet til å holde søskenflokket samlet førte i enkelte saker til at barnets ønske måtte vike.¹⁴⁴

Hensynet til å ikke dele en søskenflokk ble brukt som hovedmoment i flere av avgjørelsene, og søsken ble svært sjelden delt. Smith mente retten i visse tilfeller la for stor vekt på dette momentet, det er ikke alltid det beste for et barn å være sammen med søsknene sine.¹⁴⁵

¹³⁹ Smith (1976)s 97

¹⁴⁰ Smith (1976)s 102

¹⁴¹ Smith (1976)s 112

¹⁴² Smith (1976)s 113

¹⁴³ Smith (1976)s 115

¹⁴⁴ Smith (1976)s 117

¹⁴⁵ Smith (1976)s 121

Etter lov om barn i ekteskap § 8(2) kunne retten også legge vekt på foreldrenes ønsker ved avgjørelsen av hvor barna skulle bo fast. Momentet kom sjelden direkte frem i rettspraksis, men Smith mente det nok allikevel ofte telte med i rettens avgjørelse. Hun så ingen betenkeligheter ved dette momentet i saker der barnet ville få det godt hos begge foreldrene.¹⁴⁶

Barnets alder var videre et moment retten la vekt på. Moren hadde en viss fortrinnsrett til små barn som tidligere nevnt, og rettspraksis viste at mor fikk flere små barn enn store barn.¹⁴⁷ Smith mente imidlertid at underrettene i enkelte tilfeller la for stor vekt på barnets alder, og at de dermed ikke foretok den lovpålagte vurderingen av hvor barnet ville få det best.¹⁴⁸ Barnets kjønn ble tillagt vekt i enkelte saker, men noen hovedregel kunne ikke utledes av dette. Barnets kjønn spilte imidlertid større rolle for store enn for små barn.¹⁴⁹

Foreldrenes personlige egenskaper ble berørt i de fleste dommene, selv om Høyesterett viste en viss tilbakeholdenhet med å danne seg egne meninger om foreldrene, fordi den ikke selv møtte partene.¹⁵⁰

I tillegg ble momenter som boligforhold, oppvekstvilkår og nettverk ofte tillagt vekt. Dersom en av foreldrene skulle gifte seg igjen, styrket dette som regel deres sak, fordi dette ga trygghet og stabilitet. Hensynet til best samlet foreldrekontakt var avgjørende i flere saker.¹⁵¹

¹⁴⁶ Smith (1976)s 124

¹⁴⁷ Smith (1976)s 127

¹⁴⁸ Smith (1976)s 127

¹⁴⁹ Smith (1976)s 128

¹⁵⁰ Smith (1976)s 132

¹⁵¹ Smith (1976)s 137

4.1.2 Kirsten Sandbergs undersøkelse

Kirsten Sandbergs undersøkelse bestod av alle lagmannsrettsdommer fra 1984, 15 avgjørelser fra første instans samme år, samt alle høyesterettsdommer fra 1982-1988 som avgjorde hvem av foreldrene som skulle ha den daglige omsorg for barnet. Dommene er altså fra tiden etter at den nye barneloven trådte i kraft, og morspresumsjonen var opphevet.

Sandbergs undersøkelse av lagmannsrettsdommene viste at far ble tilkjent daglig omsorg i 20 av sakene, mens mor fikk barna i 14 av sakene. I Høyesterettsdommene fikk far og mor omsorgen i like mange tilfeller, mens mor noe oftere fikk omsorgen i første instans.¹⁵²

Sandberg fant at hensynet til følelsesmessig kontakt ble vurdert i fire av fem høyesterettsdommer som gjaldt barn under 7 år. Hensynet ble som nevnt under punkt 3.5.1 fremhevet av Justiskomiteen som særlig aktuelt for små barn, som en erstatning for morspresumsjonen.¹⁵³ I de lavere instansene ble momentet bare vurdert i halvparten av sakene som gjaldt barn under 7 år. Hensynet til faktisk omsorg under samlivet ble sjelden vektlagt i noen instanser.¹⁵⁴

Bare en av høyesterettsdommene dreide seg om barn over 12 år, som dermed hadde rett til å uttale seg om hvor det ville bo. Hensynet til barnets ønske ble nevnt i 9 av 11 avgjørelser som gjaldt barn i alderen 7-11 år, men det var vanskelig å si noe generelt om hvilken vekt det var lagt på deres mening. I de lavere instansene ble barnets ønske fulgt i 8 av 9 saker som gjaldt barn over 12 år. De barna i alderen 7-12 år som var blitt hørt, fikk bo der de ville i 2/3 av sakene.¹⁵⁵

¹⁵² Sandberg (1990)s 47

¹⁵³ Innst.O.nr.30 s 14

¹⁵⁴ Sandberg (1990)s 56

¹⁵⁵ Sandberg (1990)s 63

Miljøskifteargumentet hadde stor eller avgjørende vekt i halvparten av høyesterettsavgjørelsene. I de laveste instansene var momentet også ett av de som oftest ble nevnt.¹⁵⁶ Hensynet til best samlet foreldrekontakt var fremme i en del av avgjørelsene.¹⁵⁷ Videre fant Sandberg at hensynet til stabile forhold i hjemmet og foreldrenes omsorgsmuligheter fremover relativt ofte ble brukt.¹⁵⁸ Redusert arbeidstid ble ansett som en fordel for barnet, og det ble sett på som en fordel dersom faren hadde en kvinne i huset som kunne ta seg av barnet mens han var på jobb.¹⁵⁹

Foreldrenes personlige egenskaper ble sjelden drøftet i dommene fra Høyesterett, men noe oftere i de lavere instansene. Barnets kjønn ble ikke brukt som argument i noen av høyesterettsdommene, men det ble brukt i noen få tilfeller i de lavere instansene der barnet det dreide seg om var jente.¹⁶⁰ Hensynet til å ikke dele søsken stod fremdeles sterkt, søskenflokken ble bare splittet i én av dommene Sandberg så på.¹⁶¹

I den nye barneloven er det ikke direkte uttalt at det kan tas hensyn til foreldrene, men gjennom formuleringen ”først og fremst” kan det subsidiært tas andre hensyn enn barnets beste. I én av høyesterettsdommene fikk momentet avgjørende betydning ettersom retten ikke kunne si hva som ville være best for barnet, og det ble nevnt i noen andre saker. Underrettene nevner hensynet kun i én dom.

4.1.3 Kristin Skjørtens undersøkelse

Skjørtens undersøkelse omfatter lagmannsrettsdommer fra 1998-2000 samt 11 høyesterettsdommer fra 1990-tallet som omhandler fast bosted for barn.

¹⁵⁶ Sandberg (1990)s 69

¹⁵⁷ Sandberg (1990)s 70

¹⁵⁸ Sandberg (1990)s 75-77

¹⁵⁹ Sandberg (1990)s 78

¹⁶⁰ Sandberg (1990)s 81

¹⁶¹ Sandberg (1990)s 82-83

I sakene fra lagmannsretten fikk moren medhold i at barnet skulle bo hos henne i 48,8 % av sakene, mens far fikk barna boende hos seg i 44,2 % av sakene. I 7 % av sakene ble søsknene delt.¹⁶²

Bare én av høyesterettsdommene la vekt på følelsesmessig tilknytning og hovedomsorg under samlivet. Hovedomsorg under samlivet var hovedargument i 2 av lagmannsrettsdommene, og det var ett av flere momenter i 14 andre avgjørelser. Momentet ble drøftet i 40 % av sakene. Barnets følelsesmessige tilknytning ble drøftet i 64 % av sakene, og som oftest ble barnet boende hos den det var mest knyttet til.¹⁶³

Barnets ønske var avgjørende i én av høyesterettsdommene. Barnets ønske fremgikk av 48 av de 129 lagmannsrettsdommene, 30 av disse ble avsagt i samsvar med barnets ønske. 17 av sakene la avgjørende vekt på barnets ønske, i alle disse sakene var minst ett av barna 9 år eller eldre.¹⁶⁴ Halvparten av barna i alderen 7 til 11 år fikk uttale seg, selv om dommene ble avsagt før barneloven ble endret.

Risiko ved miljøskifte var det avgjørende argument i 5 av høyesterettsdommene. I tillegg hadde det betydning i 2 andre dommer. 4 av dommene brøt imidlertid med prinsippet.¹⁶⁵ I lagmannsrettene var argumentet hoved- eller delbegrunnelse i en tredjedel av sakene, og det ble drøftet i hele 75 % av sakene. Det var den største gruppen av avgjørende argumenter.¹⁶⁶

¹⁶² Skjørten (2005)s 41

¹⁶³ Skjørten (2005)s 71

¹⁶⁴ Skjørten (2005)s 51-60

¹⁶⁵ Skjørten (2005)s 48

¹⁶⁶ Skjørten (2005)s 47

Stabile forhold i hjemmet ble ikke vektlagt i noen av høyesterettsavgjørelsene. I lagmannsrettene er argumentet hoved- eller delbegrunnelse i en fjerdedel av dommene.¹⁶⁷ Hensynet var dermed den nest største gruppen av avgjørende argumenter.¹⁶⁸

Tre av høyesterettsdommene legger vekt på å ikke dele søsken, mens en femtedel av lagmannsrettsavgjørelsene gjør det samme. I en av disse var hensynet avgjørende.¹⁶⁹ Ingen høyesterettsavgjørelser legger vekt på barnets kjønn. 6 avgjørelser fra lagmannsrettene legger vekt på hensynet, men like mange sier eksplisitt at argumentet er irrelevant.¹⁷⁰

Hensynet til best samlet foreldrekontakt veide tyngre enn hensynet til status quo i to høyesterettsavgjørelser. I lagmannsrettene ble argumentet vektlagt i 10 % av sakene, i tre saker var det avgjørende.¹⁷¹

Foreldrenes personlige egenskaper ble ikke vektlagt i noen høyesterettsdommer, men i lagmannsrettene var det hoved- eller delbegrunnelse for nesten 30 % av sakene.¹⁷²

4.2 Vurdering av dommene fra 2000-tallet

Doms materialet jeg har gjennomgått er alle lagmannsrettsdommer avsagt i 2007-2008 samt to høyesterettsdommer fra 2000-tallet som avgjør hvor barnet skal bo fast.

Resultatet ble at barnet/barna skulle bo fast hos mor i 21 av sakene, og hos far i 18 saker.

Dette viser at tradisjonelle kjønnsrollemønstre ikke lenger spiller noen stor rolle i barnefordelingssaker. Tallene er omtrent de samme som i Skjørtens undersøkelse, mens far

¹⁶⁷ Skjørten (2005)s 80

¹⁶⁸ Skjørten (2005)s 47

¹⁶⁹ Skjørten (2005)s 86

¹⁷⁰ Skjørten (2005)s 91

¹⁷¹ Skjørten (2005)s 100

¹⁷² Skjørten (2005)s 107

faktisk oftere fikk barna i Sandbergs undersøkelse. Sandbergs undersøkelse gjaldt bare ett år, og tilfeldigheter kan ha spilt inn når far så ofte fikk daglig omsorg.

Gjennomgangen av de tidligere undersøkelsene viser at de momentene som vektlegges ved avgjørelsen av hvor barnet skal bo fast, stort sett har vært de samme de siste 35 årene. Noen har imidlertid fått større vekt med tiden, mens andre blir tillagt mindre vekt enn tidligere.

Et unntak er morspresumsjonen, som ble fjernet med den nye barneloven. Smiths undersøkelse viste at moren hadde en viss fortrinnsrett til små barn. Forarbeidene til barneloven fremhever barnets følelsesmessige tilknytning som et viktig moment for små barn, som en kjønnsnøytral erstatning for morspresumsjonen.

Sandberg fant at barnets følelsesmessige tilknytning ble vurdert i 4 av 5 høyesterettsdommer og i halvparten av lagmannsrettsdommene som gjaldt barn under 7 år. I Skjørtens undersøkelse ble argumentet nevnt i 64 % av lagmannsrettsdommene, men bare i én høyesterettsdom.

I min undersøkelse ble momentet nevnt i 15 av de 37 lagmannsrettsdommene. De to dommene fra Høyesterett nevnte ikke argumentet. Momentet var delbegrunnelse i 4 av lagmannsrettssakene.

Dette viser at følelsesmessig tilknytning ble tatt opp noe sjeldnere enn i de tidligere undersøkelsene. Momentet er lite fremme i rettspraksis i forhold til den vekt det i følge forarbeidene skal ha, spesielt for mindre barn, jf. pkt. 3.5.1. Dette er i samsvar med Sandberg og Skjørtens funn. Det virker som om domstolene kvier seg for å bruke dette argumentet, kanskje fordi det er vanskelig å bestemme hvem barnet er mest knyttet til, eller kanskje fordi de ikke ønsker å støte noen av foreldrene.

Hensynet til barnets ønske står i en spesiell stilling ettersom det har skjedd en lovendring siden de forrige undersøkelsene. Nå har alle barn fra de fyller 7 år rett til å få si sin mening i barnefordelingssaker etter bl. § 31(2). De tidligere undersøkelsene viser at det varierte veldig i hvilken grad barn under 12 år ble spurt om hvor de ville bo fast, men omtrent halvparten i alderen 7-11 år fikk uttale seg. Spørsmålet er om det også legges større vekt på

deres mening enn det gjorde før. Alle undersøkelsene viser at det har vært lagt stor vekt på ønsket til barn over 12 år. I Sandberg og Skjørtens undersøkelser ble dom avsagt i samsvar med barnets ønske i omtrent 2/3 av sakene der barn i alderen 7-11 år hadde fått uttale seg. Det var imidlertid vanskelig å si hvor stor vekt det var lagt på barnets ønske, ettersom andre momenter også gikk i samme retning.

I min undersøkelse ble barnets ønske tillagt vekt i 7 av dommene, i 3 var momentet avgjørende. I en av disse var barna 9 og 6 ½ år gamle da det ble lagt avgjørende vekt på deres mening. I andre saker fant retten at den ikke kunne legge vekt på ønsket til barn i den alderen. Dette viser at selv om alle barn i alderen 7-11 år nå har en rett til å bli hørt, varierer det fremdeles i stor grad hvilken vekt som legges på deres mening. Etter gjennomgangen av rettspraksis synes det for meg som om ønsket til barn i denne aldersgruppen i størst grad tillegges vekt dersom ingen av de øvrige momentene i barnets beste-vurderingen taler for en bestemt løsning.

Risikoen ved miljøskifte var i alle undersøkelsene, inkludert min egen, det argumentet som oftest ble lagt til grunn for avgjørelsen. Det tillegges imidlertid mindre vekt nå enn tidligere. Sandberg fant at argumentet hadde stor vekt i omtrent halvparten av dommene. I Skjørtens undersøkelse sank dette til en tredjedel av sakene, mens momentet ble lagt til grunn for avgjørelsen i 11 av de 39 dommene jeg så på. Det kan tyde på at kritikken av hensynet under pkt. 3.3.2, som går ut på at det kan føre til løsninger som ikke er til det beste for barnet fordi det kun er den etablerte ordningen som begrunner resultatet, er blitt tatt noe til etterretning i domsstolene.

Hensynet til best samlet foreldrekontakt er blitt blant de mest brukte argumentene i avgjørelser om hvor barn skal bo fast. Det ble vektlagt i nesten en fjerdedel av dommene jeg undersøkte, mot i 10 % av dommene Skjørtens undersøkte. Argumentet har fått stadig større oppslutning, og veier nå i flere saker tyngre enn hensynet til status quo. I tråd med samfunnsutviklingen ser retten viktigheten av at barn har behov for begge foreldrene.

Det legges nå mindre vekt på foreldrenes personlige egenskaper og omsorgsevne enn da Smith foretok sin undersøkelse. Momentet ble da berørt i de fleste lagmannsrettsdommene, mens det vektlegges i nesten en fjerdedel av dommene jeg så på. Det er allikevel fremdeles et viktig argument i underrettene, selv om det ikke brukes i Høyesterett.

Et viktig argument er også hensynet til stabile forhold i hjemmet. En sammenligning med de tidligere undersøkelsene viser at oppslutningen om hensynet har holdt seg omtrent like stor de siste 35 årene.

Hensynet til å ikke dele søsken nevnes sjeldnere i rettspraksis nå enn tidligere. Det betyr ikke nødvendigvis at det tillegges mindre vekt. Momentet nevnes bare i fem domsgrunner i min undersøkelse, men det nevnes innledningsvis i mange av dommene at foreldrene er enige om at søsknene ikke skal skilles. Fremdeles skjer det sjelden at søsken deles.

Hensynet til foreldrene nevnes ikke i noen av dommene jeg har sett på. Kjønn tillegges heller ikke vekt i noen av avgjørelsene. Det ble tillagt vekt i noen tilfeller i de tidligere undersøkelsene, men også da var det noe vilkårlig når momentet ble brukt. Dette tyder på at retten er tilbakeholden med å bruke argumentet, fordi det er usikkert hvilken betydning kjønnsidentifikasjon har for barn.

5 Veien videre

5.1 NOU 2008:9 "Med barnet i fokus"

I 2008 ble det fremmet forslag til endringer i barneloven. Barnelovutvalgets mandat var blant annet å se nærmere på innholdet i begrepet barnets beste, og vurdere om barnets beste

kunne ivaretas bedre ved å legge til rette for en mer lik fordeling av omsorg og ansvar mellom foreldrene.¹⁷³

Utvalget påpekte at et så generelt prinsipp som barnets beste kan føre til manglende forutberegnelighet for partene i barnefordelingssaker. Dette kan igjen føre til økt saksmengde i og med at det ofte er usikkert hvilken løsning som vil føre frem. Videre har det vært hevdet at begrepet er så åpent at det er vanskelig å unngå at dommerens personlige holdninger spiller inn ved avgjørelsen.

Utvalget kom imidlertid til at begrepet ikke burde spesifiseres i loven. En oppregning av de aktuelle momentene i loven ville nok kunne få enkelte til å avstå fra å reise sak. ”På den annen side er begrepet barnets beste så fasettert at alle nyansene ikke vil fanges opp av en lovtekst. Hvis man begynner å angi et eller flere av de momentene man i rettspraksis tradisjonelt har lagt vekt på, løper man risikoen for at barnets beste som overordnet prinsipp i den konkrete sak blir skjøvet i bakgrunnen til fordel for andre momenter eller prinsipper. Dette er ikke ønskelig, uansett hvilke verdier eller rettigheter som må vike.”¹⁷⁴

Det ble imidlertid fremmet forslag om endring av bl. § 36(1) til ”Foreldra kan gjere avtale om at barnet skal bu fast hos anten ein av dei eller begge”. Innholdet er det samme som i den nåværende bestemmelsen, men utvalget mente den nye teksten var mer nøytral mht hvilken løsning som skal velges, fast bosted hos den ene forelderen, eller delt bosted.¹⁷⁵ Videre ble det fremmet forslag om at domstolene skal gis kompetanse til å idømme delt bosted.¹⁷⁶

Forslaget er nå på høring, med høringsfrist 1.9.2009.

¹⁷³ NOU 2008:9 kap. 1

¹⁷⁴ NOU 2008:9 kap.6.3

¹⁷⁵ NOU 2008:9 kap.10.3.3

¹⁷⁶ NOU 2008:9 kap.10.4.5

6 Avslutning

Barneloven angir barnets beste som retningslinje for domstolene når de skal avgjøre hvor barnet skal bo fast, jf. bl. §§ 48 og 36. Den sier imidlertid ikke noe om hva som ligger i begrepet, det må utledes av rettspraksis. Oppgaven har vist hvilke momenter som legges til grunn ved avgjørelsen om hvor det er best for barnet å bo fast. I følge forarbeidene må hver sak vurderes konkret, slik at tidligere avgjørelser bare gir en oversikt over aktuelle momenter, og ikke er retningsgivende for senere avgjørelser.

Det er fordeler og ulemper ved at loven bruker et så skjønnsmessig begrep. Fordelen er at det gjøres klart at det avgjørende er hva som er best for det konkrete barn. Retten blir nødt til å foreta en konkret og reell vurdering av hva som vil være best i hvert enkelt tilfelle.

På den andre siden viser gjennomgangen av rettspraksis at bruken av barnets beste som avgjørelseskriterium i barnefordelingssaker fører til liten grad av forutberegnelighet. Det er stort rom for dommernes skjønn. Et moment som tillegges avgjørende vekt i én sak, kan settes helt til side i en annen.

Jeg ser lovgivers og barnelovutvalgets poeng med å ikke lovfeste momentene som kan legges til grunn ved skjønnsutøvelsen. Hvert barn og hver situasjon er unik, og det er veldig viktig at det blir foretatt en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, slik at man finner ut av hva som er best for akkurat det barnet. Allikevel er det et problem at det skal være så vanskelig for vanlige mennesker å forutse rettstilstanden sin. Med tanke på antall samlivsbrudd i dag, er dette en situasjon som en god del av befolkningen havner i. Det kan ikke forventes at folk skal finne frem til lovforarbeider og rettspraksis for i det hele tatt å kunne se hva som vanligvis vektlegges ved vurderingen.

Det gjenstår å se om lovgiver også denne gang slutter seg til barnelovutvalgets synspunkter på innholdet av barnets beste, eller om det kan gå mot en lovendring. Det faktum at spørsmålet har vært oppe til vurdering gjentatte ganger i forbindelse med endringer i barneloven, viser at det er usikkerhet om begrepet.

7 Registre

7.1 Litteraturliste

Backer, Inge Lorange *Barneloven kommentarutgave* 2. utg. Oslo, 2008.

Holgersen, Gudrun *Barnerett* Kristiansand, 2008.

Kjøhlberg, Gunn-Mari og Sigrid Redse Johansen *Barnefordelingstvister* Bergen, 2006.

Jusleksikon Jon Gisle...[et al.] 2. utg. Oslo, 2002.

Sandberg, Kirsten *Barnets beste, Om barnefordeling, rettspraksis og rettferdighet* Oslo, 1990.

Skjørten, Kristin *Samlivsbrudd og barnefordeling* Oslo, 2005.

Smith, Lucy og Peter Lødrup *Barn og foreldre* 7.utg. Oslo, 2006.

Smith, Lucy *Barnefordeling og foreldremyndighet* Oslo, 1976. (Institutt for privatrett stensilserie; nr 45.)

7.2 Lov- og forarbeidsregister

7.2.1 Lovgivning

1927 Lov om vergemål for umyndige (Vergemålsloven) av 22. april 1927 nr. 3

1981 Lov om barn og foreldre (barnelova, forkortet til bl.) av 8. april 1981 nr. 7

1999 Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett

(Menneskerettsloven) av 21. Mai 1999 nr. 30

Barnekonvensjonen FNs konvensjon om barnets rettigheter av 20. november 1989

7.2.2 Forarbeider

NOU 1977:35 Lov om barn og foreldre (barneloven)

NOU 1998:17 Barnefordelingssaker – avgjørelsesorgan, saksbehandlingsregler og delt bosted

NOU 2008:9 Med barnet i fokus. [Sitert 21.04.09 fra
<http://www.regjeringen.no/nb/dep/bld/dok/NOUer/2008/nou-2008-9.html?id=508158>]

- | | |
|----------------------------|--|
| Ot.prp.nr 56 (1996-1997) | om lov om endringer i lov av 8. april 1981 nr. 7 om barn og foreldre (barnelova) mv. |
| Ot.prp.nr 29 (2002-2003) | om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.) |
| Ot.prp.nr 103 (2004-2005) | om lov om endringer i barnelova mv.(omfang av samvær, styrking av meklingsordningen, tiltak for å beskytte barn mot overgrep, foreldreansvar etter dødsfall, tilbakebetaling av barnebidrag mv.) |
| Innst.O. nr 30 (1980-1981) | om lov om barn og foreldre (barnelova). |
| Innst.O. nr 96 (2002-2003) | om lov om endringer i barneloven mv. (Nye saksbehandlingsregler i barnefordelingssaker for domstolene mv.) |

7.3 Domsregister

Alle dommene er funnet gjennom Lovdata.no.

Rt 1953 1374
Rt 1982 116
Rt 1987 232
Rt 1989 176
Rt 1993 1165
Rt 1996 420
Rt 1999 1183
Rt 2004 811

Rt 2005 685

Rt 2007 376

LA-2006-160652

LB-2006-38956

LA-2007-25548

LA-2007-172627

LA-2007-186323

LB-2007-4727

LB-2007-9639

LB-2007-59273

LB-2007-144628

LB-2007-146158

LB-2007-177902

LG-2007-43858

LG-2007-172519

LH-2007-154172

LA-2008-54571

LA-2008-120769

LB-2008-45656

LB-2008-49316

LB-2008-102138

LF-2008-62539

LF-2008-69718

LF-2008-80693

LG-2008-95195

